

**Universidad Autónoma de Madrid**  
**Facultad de Derecho**  
**Departamento de Derecho Público y Filosofía Jurídica**  
**Área de Derecho Constitucional**



## **Tesis doctoral**

### **El amparo estructural de los derechos**

Andrés Mauricio Gutiérrez Beltrán

**Doctorado en Derecho y Ciencia Política**

Directores

Prof. Dr. D. César Aguado Renedo

Prof. Dr. D. Juan María Bilbao Ubillos

– Junio 2016 –

*A Diana Margarita,  
por enseñarme a escuchar, de nuevo.*

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
 <b>CAPÍTULO I</b>	
<b>EL JUEZ DE AMPARO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ENCUENTROS Y DESENCUENTOS EN UNA RELACIÓN EN TENSIÓN PERMANENTE</b>	
1.1. El papel del juez frente a las políticas públicas	10
1.2. El bloqueo institucional como causa de los litigios estructurales	18
1.3. La complejidad de las sentencias estructurales	20
1.4. El proceso de seguimiento a las sentencias estructurales	23
1.5. El giro tutelar y el proceso de seguimiento como criterios para la identificación de los fallos estructurales	28
1.6. La gradualidad en el cumplimiento de las características del amparo estructural	31
1.7. Los distintos grados de intervención en las sentencias estructurales	36
1.8. Las órdenes declarativas	38
1.8.1. El riesgo del incumplimiento en el caso de las órdenes declarativas	43
1.9. Las órdenes prescriptivas	46
1.9.1 La ruta del experimentalismo: las sentencias dialógicas	50
1.9.2. Las órdenes unidireccionales	58
1.9.2.1. Las sentencias unidireccionales en acción	68
1.9.2.2. La reforma judicial al sistema penitenciario estadounidense como muestra del enfoque unidireccional	80

## **CAPÍTULO II**

## **EL AMPARO ESTRUCTURAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

2.1. Una precisión conceptual y metodológica	87
2.2. Las sentencias piloto del Tribunal de Estrasburgo: ¿instrumento de descongestión judicial o punta de lanza para la intervención en asuntos políticos?	88
2.2.1. Características generales de las sentencias piloto	93
2.2.2. Falencias estructurales relacionadas con el funcionamiento del Poder Judicial	96
2.2.3. ¿Hacia un incremento del grado de intervención del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos de la política interna?	99
2.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la creación judicial de políticas públicas	103
2.3.1. Restablecimiento de los derechos al territorio y a la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas	109
2.3.2. Transformación institucional de los procedimientos y de los protocolos empleados por las autoridades nacionales	118
2.3.3. Adecuación de los sistemas penitenciarios a los estándares internacionales contenidos en la Convención Americana	126
2.3.4. Creación de políticas públicas educativas dirigidas a evitar las violaciones de los derechos humanos	132

## **CAPÍTULO III**

### **POLÍTICAS PÚBLICAS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL DILEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LAS INTERVENCIONES ESTRUCTURALES**

3.1. Objeciones fundadas en el principio de la separación de poderes	140
3.2. Reacciones frente al surgimiento de las sentencias estructurales	142
3.3. Reparos planteados a la participación de los tribunales en el proceso de creación e implementación de las políticas públicas	143
3.4. Argumentos a favor del amparo estructural de los derechos	148

3.5. Reflexiones en torno al problema de la legitimidad democrática de las sentencias estructurales	152
3.6. Criterios para la valoración de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales	155
3.7. ¿Es verdaderamente antidemocrática la introducción de controles judiciales sobre la acción pública del Estado?	163
3.8. La representación material de los intereses de los ciudadanos	166
3.9. La órbita de «lo indecible» en el ámbito de las políticas públicas	169
3.10. La solución de las controversias estructurales bajo los procedimientos de la política convencional	171

## **CAPÍTULO IV**

### **CAUSAS DEL AMPARO ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS**

4.1. Las explicaciones tradicional y compleja del surgimiento de los fallos estructurales	178
4.2. La explicación tradicional y la teoría de los derechos	180
4.2.1. Críticas propuestas a la teoría de los derechos como causa del amparo estructural	189
4.2.2. La ideología de los jueces como explicación del amparo estructural	201
4.2.3. ¿Existen agendas políticas detrás de la aprobación de los fallos estructurales?: el realismo jurídico y los estudios críticos del derecho	210
4.2.4. Críticas al modelo actitudinal	214
4.2.5. El juez en «el mercado laboral»	219
4.2.6. Condiciones complementarias que inciden en el surgimiento de los fallos estructurales	222
4.3. La explicación compleja	225
4.3.1. Las «estructuras de sostén»	229
4.3.1.1. El papel de las estructuras de sostén en la aprobación de <i>Brown vs. Board of Education</i>	233

4.3.1.2. La eliminación de las barreras de acceso a la administración de justicia	237
4.3.2. La existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial	243
4.3.2.1. Características de una cultura jurídica favorable al amparo estructural	249
4.4. Cultura jurídica, ideologías y amparo estructural	256

## **CAPÍTULO V**

### **EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES**

5.1. Neorrealismo vs. Constructivismo	258
5.2. Tipología de los efectos de las sentencias estructurales según el constructivismo	262
5.3. La perspectiva compleja con énfasis en la víctima	264
5.4. Implementación de <i>Brown v. Board of Education</i>	267
5.4.1. La postura constructivista frente a <i>Brown</i>	278
5.4.2. ¿Se conserva con vida el ruiseñor? Efectos indirectos y simbólicos de <i>Brown</i>	283
5.5. <i>Grootboom contra la República de Sudáfrica</i>	289
5.5.1. Repercusiones del fallo en el seno de la comunidad <i>Grootboom</i>	293
5.5.2. Efectos globales ocasionados por la aprobación de <i>Grootboom</i>	299
5.5.3. Incidencia de <i>Grootboom</i> en la política pública de vivienda	307
5.6. El desplazamiento forzado como un «estado de cosas inconstitucional»: la experiencia colombiana	314
5.6.1. Identificación de los objetivos de la sentencia T-025 de 2004	319
5.6.2 El desplazamiento forzado bajo la mirada del constructivismo	322
5.6.3. Análisis desde la <i>perspectiva compleja con énfasis en la víctima</i>	330
5.6.3.1. Recuperación de la capacidad institucional	332
5.6.3.2. Mejoramiento del esfuerzo presupuestal	333

5.6.3.3. Evolución de los programas específicos que se articulan en la política pública	336
5.6.3.4. Evolución del objetivo de asistencia mínima	342
5.7. Consideración final sobre la eficacia del amparo estructural	345
 <b>CONCLUSIONES</b>	 348
 <b>BIBLIOGRAFÍA</b>	 357

## Introducción

RAN HIRSCHL declaró con indudable acierto que la prueba más evidente del avance de la judicialización de la política se encuentra en los diarios noticiosos<sup>1</sup>. Ellos informan de manera habitual la aprobación de sentencias que abordan controversias de marcada índole política. De este modo, nos hemos habituado a que asuntos que en otro tiempo eran resueltos únicamente por las autoridades representativas hayan pasado a ser decididos por los tribunales. El aborto, la eutanasia y los derechos reconocidos a las parejas del mismo sexo son temas cuya última palabra suele ser pronunciada en los estrados judiciales. De igual forma, asuntos cruciales para el devenir de las comunidades políticas —como la definición de los resultados de las contiendas electorales, la posibilidad de iniciar procesos de secesión dentro de los Estados y la viabilidad de las leyes de amnistía durante los procesos de transición democrática— han dejado de ser competencia exclusiva de las asambleas legislativas.

En razón de lo anterior, los tribunales se han convertido en un actor político fundamental. Pese a que sus fallos no se fundan —léase, *no deberían fundarse*— en razones de conveniencia, sino en la más rigurosa argumentación jurídica, provocan toda clase de efectos políticos en las sociedades. Este hecho no ha pasado inadvertido para los demás actores políticos, quienes han asistido a la progresiva ampliación del margen de acción de los tribunales y a la correlativa mengua de sus competencias. De ahí que muestren un vivo interés en su conformación —especialmente en la del Tribunal Constitucional— pues son conscientes de que de ello depende en buena parte el éxito de los proyectos que emprenden desde las cámaras legislativas.

El segundo motivo por el que los tribunales son considerados piezas fundamentales del engranaje político estriba en su pretendida capacidad de transformación social. De acuerdo con una versión que ha hecho carrera en el mundo del derecho, las sentencias judiciales serían un poderoso instrumento para llevar a cabo profundas reformas en las sociedades<sup>2</sup>. En las manos de los jueces estaría la posibilidad de fomentar la inclusión de minorías discriminadas, impulsar cambios en la opinión de

---

<sup>1</sup>HIRSCHL, RAN, «The Judicialization of Politics», en WHITTINTON, KEITH, KELEMEN, DANIEL Y CALDEIRA, GREGORY (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2008, p. 119.

<sup>2</sup>Entre otros, MCCANN, MICHAEL, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994; SCHEINGOLD, STUART, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, Lansing, The University of Michigan Press, 2011.



los ciudadanos y obligar la introducción de ciertos temas en la agenda política de los países. La sentencia *Brown vs. Board of Education* —que habría desencadenado las conquistas obtenidas en Estados Unidos desde la década de los años sesenta por el movimiento de los derechos civiles— sería la prueba más fidedigna de este hercúleo poder. Debido a su honda repercusión social y política, el fallo habría dado lugar a un replanteamiento de la estrategia de acción de las organizaciones que promueven este tipo de causas. Al advertir que los tribunales ofrecerían un escenario mucho más propicio que los parlamentos para la ejecución de estas empresas, la mayoría de ellas habría reorientado sus esfuerzos hacia los estrados judiciales. De tal suerte, jueces y magistrados se habrían convertido como por ensalmo en protagonistas potenciales de estos procesos de transformación social.

Esta investigación versa sobre una de las manifestaciones más llamativas y, si se quiere, más extremadas de la judicialización de la política: el amparo estructural de los derechos. En síntesis, las sentencias estructurales son decisiones judiciales que procuran remediar violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos ordenando a las autoridades el diseño y la implementación de políticas públicas. Los tribunales que hacen uso de ellas pretenden restablecer los derechos de nutridos grupos sociales cuyos intereses no han sido protegidos por las autoridades. Se trata, por lo general, de colectividades socialmente marginadas que no cuentan con una representación política adecuada y que enfrentan graves problemas sociales que no consiguen ingresar en la agenda política. Debido al elevado número de víctimas —que se cuentan por millones en ciertos casos— y a la enorme complejidad del desafío que supone el resarcimiento efectivo de sus derechos, los tribunales recurren en estos procesos a remedios judiciales extraordinarios: en vez de disponer la reparación de los derechos subjetivos infringidos, ordenan la puesta en marcha de políticas públicas de carácter general dirigidas a abolir las causas estructurales de la discriminación que aquéllos padecen.

El origen pretoriano de estas órdenes lleva a un nuevo nivel —mucho más complejo, sin lugar a dudas— la discusión en torno a la legitimidad democrática de las actuaciones judiciales. Hasta la aparición del amparo estructural de los derechos, esta polémica se había planteado alrededor de decisiones judiciales de alto impacto que provocaban trastornos significativos, aunque momentáneos, en la dinámica de la política. Sentencias que, si bien introducían cambios drásticos en asuntos altamente

polémicos para la sociedad, como la moral o los derechos de las minorías, no acarrearán una injerencia permanente de los tribunales en las competencias de las autoridades. Pues bien, a diferencia de estas decisiones, los fallos estructurales pretenden incidir de manera profunda y duradera en el desempeño de estas funciones: en lugar de corregir las deficiencias de la legislación, intentan moldear la acción pública del Estado; en vez de ordenar la cesación de actos discriminatorios, disponen la adopción de programas generales encaminados a asegurar eficazmente el derecho a la igualdad. En resumen, las sentencias estructurales no reclaman del Estado actos de abstención, sino un compromiso más enérgico para la realización de ambiciosas transformaciones sociales.

El elevado costo de estas decisiones, el inocultable desafío que plantean a la concepción clásica de la separación de poderes y la limitada formación técnica de los jueces en estos asuntos han suscitado las más vivas reacciones en su contra. En algunos ordenamientos estas objeciones han motivado la aprobación de reformas constitucionales encaminadas a restringir el alcance de tales intervenciones. En otras latitudes, donde la oposición a este modelo de actuación judicial no ha sido tan acentuada, sus detractores han optado por tratar de influir en la elección de los magistrados. De tal suerte, han procurado allanar el camino de los tribunales a jueces formalistas que sean menos proclives a esta clase de incursiones.

La reacción de quienes han acogido con entusiasmo el surgimiento del amparo estructural de los derechos no ha sido menos enérgica. En periódicos y publicaciones académicas han elogiado la inclusión social que estos fallos promueven. En los debates parlamentarios que han sometido a debate su conveniencia y su legitimidad, han encarecido los efectos democráticos que produce la representación material de los intereses de los grupos discriminados. De igual manera, han destacado la importancia de discernir el contenido de las políticas públicas con arreglo a los derechos de los ciudadanos, y no únicamente con base en criterios de conveniencia y oportunidad. Estas razones justificarían —sobradamente, a juicio de sus valedores— la activa participación de los tribunales en un ámbito que la tradición ha reservado con gran celo a las autoridades representativas.

Esta investigación no se adhiere a ninguna de estas posturas antagónicas. En lugar de contribuir al fortalecimiento argumentativo de cualquiera de ellas, su propósito es adelantar una exploración imparcial y objetiva sobre este tema y apartarse, en

consecuencia, de todo dogmatismo que conduzca a una valoración apriorística —y, por lo tanto, infundada— de estas intervenciones judiciales. En esa medida, el lector no encontrará en estas páginas una defensa a ultranza del amparo estructural, así como tampoco una crítica irreflexiva que desconozca los logros que este fenómeno haya podido traer al constitucionalismo. La posición que adoptamos frente a él se basa en la evidencia que proporcionan los estudios realizados en la materia. Estos han sido el principal instrumento del que nos hemos valido para que nuestras convicciones y preferencias no interfieran en la formación del juicio planteado aquí al respecto.

Esta aproximación obliga a adentrarse en terrenos que, a primera vista, parecen aislados del derecho constitucional. Las investigaciones realizadas en el marco de esta disciplina suelen centrar su atención, casi de manera exclusiva, en la legitimidad democrática de estas decisiones. Pese a su indiscutible importancia, el marcado énfasis en torno a esta discusión ha fomentado un cierto desinterés por los demás interrogantes que plantea el amparo estructural de los derechos. Es por ello que, para adelantar un estudio general de esta cuestión, resulta forzoso apelar a otros saberes. La ciencia política, la administración pública, el derecho comparado y, muy especialmente, la sociología del derecho ofrecen valiosos elementos de juicio que permiten comprender este excepcional fenómeno en toda su complejidad. Por tal motivo, se aprovechan aquí los hallazgos realizados en estas áreas del conocimiento para nutrir el contenido de estas reflexiones. Al hacerlo se ha podido comprobar que pocas ramas del saber jurídico, como el derecho constitucional, se prestan para estos fértiles intercambios.

De otro lado, conviene destacar que este trabajo no se encuentra circunscrito al análisis de un ordenamiento en particular. El amparo estructural de los derechos es un fenómeno polifacético que ha tomado diferentes formas en los sistemas jurídicos en los que ha hecho aparición. Ninguno de ellos ofrece una muestra suficientemente amplia y detallada que logre capturar la variedad de matices a través de los cuales se ha materializado. De ahí que se haya elegido una selección de casos provenientes de distintos ordenamientos para ilustrar de la manera más completa posible el alcance de los fallos estructurales. Este ejercicio nos ha conducido a las geografías más apartadas y a tradiciones jurídicas harto disímiles: Estados Unidos, Colombia, Sudáfrica e India. La evolución de este fenómeno en cada uno de estos países revela la existencia de retos compartidos y pone en evidencia la necesidad de construir una teoría general que se ocupe de los principales interrogantes que suscita el amparo estructural de los derechos.

El objetivo primordial de esta investigación es contribuir a la edificación de dicha teoría.

La intención que acaba de ser referida, de analizar esta tendencia judicial de manera imparcial y objetiva, no es incompatible con la valoración crítica de estas decisiones. En ese sentido, es preciso resaltar que este trabajo no pretende adelantar una presentación meramente descriptiva de las sentencias estructurales. En la medida en que el análisis de estos fallos exige abordar asuntos que dan pie a las más encendidas disputas doctrinales —como las que versan sobre la legalidad del activismo judicial o la posibilidad de conseguir transformaciones sociales mediante el uso del derecho—, resulta imposible no asumir una postura sobre el particular. En nuestro caso, la opinión que nos hemos formado al respecto puede ser abreviada en dos sencillas ideas: en primer lugar, el amparo estructural de los derechos es un fenómeno que ha echado anclas en el constitucionalismo y que se ha convertido en una tendencia judicial sólida y en ascenso. En consecuencia, el debate a propósito de su legitimidad democrática no debe plantearse en términos de si este *debería, o no, existir*, pues, al margen del resultado —previsiblemente infructuoso— de esta discusión, lo cierto es que los fallos estructurales son una realidad cada vez menos infrecuente en la práctica judicial. Prueba de ello se encuentra en la incursión que han hecho en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este orden de ideas, dicha reflexión debería estar encauzada a la identificación de las condiciones que hacen de estas actuaciones empresas compatibles con el principio democrático. A nuestro juicio, el *enfoque dialógico* ideado para evitar la usurpación de competencias no atribuidas a los tribunales consigue esta ardua conciliación entre derechos y democracia<sup>3</sup>.

La segunda reflexión que nos hemos planteado guarda relación con la eficacia de estos fallos para acometer los cambios sociales que ellos persiguen. En el imaginario

---

<sup>3</sup> Las intervenciones judiciales que se ciñen a este modelo procuran restablecer la capacidad institucional de las autoridades encargadas de la formulación de las políticas públicas, en lugar de reemplazarlas en el ejercicio de sus funciones. De esta manera, buscan contribuir a la recuperación de la *normalidad institucional* para que sean las propias autoridades las que —atendiendo las orientaciones propuestas por los tribunales— adopten las medidas que habrán de poner fin a las violaciones generalizadas de los derechos. El alto precio que asumen los tribunales que, de este modo, tratan de armonizar estas intervenciones con el principio democrático es el elevado riesgo de incumplimiento que se cierne sobre ellas. NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2004; GARGARELLA, ROBERTO (comp.), *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

colectivo que comparten los juristas suele prevalecer la idea según la cual los tribunales cuentan con un extraordinario poder que les permite llevar a la práctica las transformaciones que sus magistrados proyectan. Ello explica, en parte, los motivos por los que ha predominado el análisis de la legitimidad democrática de estas intervenciones en las investigaciones jurídicas: al conjeturar que los tribunales ejercen esta omnímoda facultad, sólo les queda por establecer la justificación de estas injerencias en el ámbito de la política. Dicho de otro modo, únicamente tendrían que dictaminar si la preeminencia que otorgan los fallos estructurales a ciertos intereses es lícita o si, por el contrario, tendría que ser conseguida en las asambleas legislativas. Bajo cualquiera de estas dos formulaciones se da por descontado que los fallos judiciales otorgan ventajas materiales significativas, y no meramente simbólicas, lo que hace de su concesión unilateral un asunto problemático.

En esta indagación, no obstante, nos hemos permitido someter a prueba esta difundida presunción. Hemos analizado, más concretamente, si los fallos estructurales contribuyen de manera eficaz a la realización de cambios sociales que representen una mejora sustancial del grado de protección de los derechos. Tras examinar los procesos de implementación de estas órdenes, hemos concluido que, en contra de los entusiastas pronósticos de los valedores del activismo judicial, los tribunales son incapaces de adelantar estas transformaciones sociales por su cuenta. Su ejecución exitosa depende del respaldo político que logren recabar entre las autoridades representativas. Aun en los sistemas políticos más proclives a dar cumplimiento a los fallos judiciales, los tribunales no están en condiciones de inocular en ellas un genuino interés en la realización de estas empresas. No consiguen hacerlo, valga la aclaración, cuando actúan en solitario. Pues cuando estas intervenciones judiciales se engastan en estrategias complejas de reivindicación de derechos que articulan labores de movilización social y política, la suerte de los fallos estructurales puede ser sustancialmente distinta.

Si bien queda mucho por decir, estos dos sencillos planteamientos resumen nuestra postura frente al amparo estructural de los derechos. El hecho de que estas razones hayan sido discernidas con base en el estudio de los ordenamientos más representativos de esta tendencia judicial deberían pesar a su favor en el dictamen que, sobre ellas, habrá de emitir el lector.

El capítulo I de esta investigación contiene las herramientas conceptuales que se utilizan a lo largo de este trabajo. En sus páginas se hace un minucioso análisis de cada

uno de los elementos que se articulan en la definición que se propone del amparo estructural de los derechos. Parejamente, se plantea una tipología que pretende clasificar estos fallos de acuerdo con el grado de injerencia de los tribunales en el ejercicio de las competencias atribuidas a otras autoridades. Dicho criterio permite ordenar las sentencias estructurales en las siguientes categorías: decisiones declarativas, dialógicas y unidireccionales. Es oportuno señalar que el análisis teórico de cada uno de estos elementos se acompaña de precedentes jurisprudenciales que acaban de ilustrar su significado.

El capítulo II está dedicado a la eclosión del amparo estructural en los sistemas regionales de derechos humanos. Para empezar, se hace referencia al procedimiento de las sentencias piloto [*pilot judgments*], creado en el año 2004 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a instancias del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Según se lee en este apartado, mediante esta técnica el Tribunal procura solventar las «violaciones sistémicas» de los derechos reconocidos en el Convenio que dan lugar a la interposición de demandas repetitivas que congestionan el sistema judicial. Con este propósito, ordena a los Estados la adopción de «medidas generales» que den solución a estos «problemas estructurales» dentro de los ordenamientos domésticos. Así se comprueba que, sin excepción, los Estados que dan cumplimiento a estas sentencias se ven obligados a implementar políticas públicas cuya idoneidad es evaluada por el propio Tribunal de Estrasburgo.

Dicha presentación se complementa con el estudio de los fallos estructurales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En su caso, según tendremos la oportunidad de observar, no cabe duda de que la expedición de estas sentencias apunta al objetivo de impulsar trascendentales reformas sociales e institucionales en los países del ámbito americano. La firmeza de este propósito resulta particularmente evidente en algunas de estas decisiones, en las que el Tribunal ha llegado a imponer a los Estados de manera explícita la obligación de adelantar «dentro de un plazo razonable, *políticas públicas efectivas*»<sup>4</sup>. Con el fin de clasificar las disímiles empresas que, de este modo, ha promovido la Corte, se propone en esta

---

<sup>4</sup> SCIDH del 10 de octubre de 2013, Caso *Luna López vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 269, orden 10; SCIDH del 28 de agosto de 2014, Caso *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 308.

sección una tipología con base en los principales objetivos que han inspirado estas intervenciones.

En el capítulo III se aborda el problema de la legitimidad democrática de los fallos estructurales. Según fue anunciado antes, no es nuestro propósito discurrir una respuesta que ponga punto final a esta discusión. La legión de juristas y filósofos que, vanamente, se han esforzado en concebir una solución satisfactoria a la *objeción contramayoritaria* nos ha disuadido de acometer este esfuerzo<sup>5</sup>. Más allá de ser un interesante dilema académico —sin lugar a dudas, el más arduo que haya conocido el constitucionalismo— la dificultad contramayoritaria es, según se propone, la representación de un razonable reparo que debe ser atendido por los tribunales que practican el activismo judicial. Dicho reparo pone en evidencia la urgencia de armonizar estas intervenciones con el principio democrático que debería inspirar las actuaciones que conciernen a todos los ciudadanos. De este modo, en lugar de formular una solución a este secular enigma, que estimamos sencillamente irresoluble, nos hemos propuesto identificar las condiciones que deberían satisfacer los tribunales para compaginar las intervenciones estructurales con las exigencias del sistema democrático.

El objetivo del capítulo IV apunta a desentrañar el origen de los fallos estructurales. Comenzaremos por analizar la explicación tradicional que asevera que estas decisiones son el resultado de la coincidencia de dos factores: Constituciones progresistas que permiten la exigibilidad judicial de derechos de alto contenido prestacional y magistrados activistas interesados en hacer valer sus preferencias políticas mediante el ejercicio de la judicatura. A continuación, se examina una segunda alternativa, que hemos dado en llamar *explicación compleja*, según la cual las sentencias estructurales son producto de un conjunto de causas que están más allá del control de los tribunales. La presencia de una red de organizaciones dedicadas a la promoción y al financiamiento de estas causas judiciales y la existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial serían los factores más importantes que, con arreglo a esta interpretación, darían pie al surgimiento del amparo estructural en los ordenamientos.

---

<sup>5</sup> Hace ya tres décadas, BRUCE ACKERMAN observó que «difícilmente transcurre un año sin que algún docto profesor anuncie que ha descubierto la solución final a la dificultad contramayoritaria». Esta afirmación conserva plena vigencia en nuestros días. ACKERMAN, BRUCE, «Discovering the Constitution», en *Yale Law Journal*, n.º 6, vol. 93, 1984, pp. 1014-1072, p. 1016.

Para terminar, en el capítulo V llevaremos a cabo un estudio de la eficacia de estas intervenciones. Examinaremos, en primer lugar, la idoneidad de los dos enfoques —neorrealismo y constructivismo— que han prevalecido hasta ahora en el análisis de la implementación de los fallos estructurales. Razonaremos en favor de una postura que, sin restar importancia a los efectos simbólicos e indirectos que provocan estos fallos, haga hincapié en la transformación efectiva de las condiciones de vida de los ciudadanos. Con ayuda de esta aproximación, que denominamos «perspectiva compleja con énfasis en la víctima», examinaremos el impacto que han tenido los tres fallos estructurales más representativos de esta tendencia judicial: *Brown vs. Board of Education*, *Grootboom vs. The Republic of South Africa* y la sentencia T-025 de 2004. Aprovechando las conclusiones que arroja dicho diagnóstico, finalizaremos esta investigación con una reflexión final sobre el papel que representan los tribunales en estos procesos de transformación social que persiguen la realización efectiva de los derechos consignados en las Constituciones.



## CAPÍTULO I

### EL JUEZ DE AMPARO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS EN UNA RELACIÓN EN Tensión PERMANENTE

*(1.1.) El papel del juez frente a las políticas públicas; (1.2.) El bloqueo institucional como causa de los litigios estructurales; (1.3.) La complejidad de las sentencias estructurales; (1.4.) El proceso de seguimiento a las sentencias estructurales; (1.5.) El giro tutelar y el proceso de seguimiento como criterios para la identificación de los fallos estructurales; (1.6.) La gradualidad en el cumplimiento de las características del amparo estructural; (1.7.) Los distintos grados de intervención en las sentencias estructurales; (1.8.) Las órdenes declarativas; (1.8.1.) El riesgo del incumplimiento en el caso de las órdenes declarativas; (1.9.) Las órdenes prescriptivas; (1.9.1) La ruta del experimentalismo: las sentencias dialógicas; (1.9.2.) Las órdenes unidireccionales; (1.9.2.1) Las sentencias unidireccionales en acción; (1.9.2.2.) La reforma judicial al sistema penitenciario estadounidense como muestra del enfoque unidireccional*

#### ***(1.1.) El papel del juez frente a las políticas públicas***

Uno de los fenómenos más interesantes que se ha presentado en la historia reciente del constitucionalismo es el surgimiento del *amparo estructural de los derechos*. De este modo se designa una particular tendencia a la que se han sumado tribunales ubicados en las latitudes más diversas con el objetivo de brindar protección efectiva a los derechos consignados en los textos constitucionales<sup>6</sup>. Se trata, más concretamente, de intervenciones judiciales de alto impacto institucional cuyo objetivo primordial consiste en poner fin a violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos. En una palabra, las sentencias estructurales son decisiones judiciales que, con el propósito de asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de

---

<sup>6</sup> En el curso de la presente investigación se empleará el término *derecho* de forma amplia, de modo que en él queden incluidos tanto los derechos y libertades clásicas —también conocidos como derechos de primera generación— como los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre la proximidad conceptual y funcional de estos conjuntos de derechos, ver ABRAMOVICH, VÍCTOR Y COURTIS, CRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004; GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS, «Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp. 81-103; BONILLA MALDONADO, DANIEL (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013; LANGFORD, MALCOLM (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013; GAURI, VARUN (ed.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

personas, ordenan el diseño y la implementación de políticas públicas por parte del Estado<sup>7</sup>. Si bien no en todos los casos dicho requerimiento es hecho de forma explícita por el juez, lo cierto es que el cumplimiento material de estas órdenes supone en todos los casos la realización de este tipo de esfuerzos<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ han definido en los siguientes términos las sentencias estructurales: «Estos casos se caracterizan por afectar a un número significativo de personas que alegan la violación de sus derechos —directamente o a través de organizaciones que litigan su causa—; por involucrar varias entidades estatales en las que caen las demandas por ser responsables de fallas sistemáticas en sus políticas públicas; por implicar órdenes de compleja ejecución: el juez de la causa, mediante estas órdenes, instruye a varias entidades públicas para que emprendan acciones coordinadas que protejan a toda la población afectada, no solo a los demandantes del caso concreto». RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010. pp. 83-154, p. 87 y 88.

<sup>8</sup> La definición conceptual de las políticas públicas es un asunto que ha suscitado un animado debate entre quienes se han dedicado al análisis de la acción pública del Estado. Las diferentes acepciones que han sido propuestas reflejan la variedad de enfoques desde los que ha sido analizado este fenómeno a partir de su aparición en el siglo XX. En ese sentido, tal como fue indicado por HECLO, la dificultad de proponer una definición unánime, capaz de conciliar las diferencias que han dado lugar a la aparición de escuelas y modelos teóricos que se enfrentan entre sí, se debe a que las políticas públicas no son una realidad objetiva que se presenta mediante rasgos claros y bien definidos. Por el contrario, dicho término pareciera designar acciones y planes estatales del más variado tipo, hasta abarcar actuaciones que con dificultad podrían reunirse en una misma categoría. Como consecuencia de lo anterior se han propuesto definiciones deliberadamente amplias como aquella planteada por THOENIG Y MENY, según la cual este concepto engloba de manera general el conjunto de acciones emprendidas por las autoridades públicas en el seno de una sociedad. A su vez, en el polo opuesto, se encuentran definiciones mucho más específicas que hacen énfasis en alguno de los rasgos particulares que distinguen a las políticas públicas de otras modalidades de acción del Estado.

Al margen de esta discusión, teniendo en cuenta la funcionalidad y la claridad de este planteamiento, se ha acogido para el desarrollo de esta investigación la definición propuesta por KNNOEPEL. Según el autor, las políticas públicas pueden ser definidas como un conjunto de actividades organizadas de manera coherente y ordenada por los actores públicos —y ocasionalmente por actores privados— que participan en este proceso, mediante las cuales se pretende resolver un problema social que ha sido identificado políticamente como colectivo. El objetivo final al que apuntan estas actuaciones consiste en modificar el comportamiento de aquellos grupos sociales que provocan el problema que se pretende corregir, o bien suscitar la reacción de las instituciones que cuentan con la capacidad de resolverlo.

En el caso específico del amparo estructural de los derechos, la autoridad pública que estaría dirigiendo el proceso de actuación del Estado sería el tribunal que, al comprobar la violación generalizada de un derecho —o de varios de ellos, pues es infrecuente que en estas controversias resulte comprometido un único derecho—, ordena la adopción de un plan de acción coherente y mantenido en el tiempo con el propósito de poner fin a dicha situación. De tal suerte, el obrar del juez estaría orientado a cumplir los dos siguientes objetivos: en primer lugar, buscaría incidir en la identificación de la infracción del derecho como un *problema colectivo* que debe ser atendido de manera prioritaria por el Estado, y en segundo término, pretendería producir una respuesta adecuada de parte de las autoridades competentes HECLO, HUGH, «Policy Analysis», en *British Journal of Political Science*, no. 12, 1972, pp. 83-108; THOENIG, JEAN-CLAUDE Y MENY, YVES, *Las políticas públicas*, Madrid, Ariel, 1992; KNNOEPEL, PETER ET AL., *Public Policy Analysis*, Bristol, Policy Press, 2007, p. 24.

Para llevar a cabo una presentación detallada del fenómeno del amparo estructural de los derechos conviene empezar señalando sus características generales. Las sentencias estructurales se diferencian del amparo ordinario (i) por el gran número de personas cuyos derechos son objeto de protección judicial; (ii) por la causa generadora de la violación de los derechos, que suele consistir en el acaecimiento de un *bloqueo institucional*; (iii) por la complejidad de las órdenes emitidas en la sentencia y, finalmente; (iv) porque, en los casos más representativos de este tipo de decisiones, la aprobación de la sentencia en vez de dar por concluido el proceso judicial da inicio a una fase subsiguiente durante la cual se evalúa el cumplimiento de las órdenes impartidas.

Para exponer con mayor claridad el alcance de esta definición es necesario realizar el siguiente comentario. De acuerdo con el modelo tradicional que impera en la administración de justicia, el proceso de amparo es el escenario en el que se dispone la protección *individual y concreta* de los derechos que han sido infringidos<sup>9</sup>. En este orden de ideas, la violación de un derecho *individual* daría lugar a la aprobación de una sentencia en la que se ordena, únicamente, su restablecimiento. Existiría, entonces, una suerte de hilo conductor entre la *infracción* y la *sentencia*, en virtud del cual el propósito exclusivo de la sentencia consistiría en deshacer los efectos de la infracción.

De ahí que, en principio, el juez no pueda extender los efectos de sus decisiones de manera que afecten a personas que no participaron en el proceso o que se amplíen sobre hechos que no fueron planteados por el demandante. Si la orden judicial es la respuesta institucional a la violación a la que se ha visto sometido quien acude a los estrados judiciales, dicha respuesta no podría desbordar los contornos establecidos durante el proceso.

Pues bien, mediante las sentencias estructurales los jueces amplían estas barreras con el objetivo de asegurar la protección no solo del titular que ha acudido al proceso, sino de todas las personas que se encuentran en una situación análoga al demandante.

---

<sup>9</sup> Pese a ello, autores como CAPPELLETTI han hecho énfasis en la «trascendencia ultra-individual» de los derechos fundamentales. Dicha expresión pretende destacar que ninguna violación de tales derechos constituye un asunto meramente privado. Por el contrario, en la medida en que estos derechos tienen un valor «que trasciende al hombre particular y [que] afecta a toda la sociedad», su eventual desconocimiento tiene un impacto señaladamente colectivo, lo que hace de lo anterior un asunto de interés público. CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

De este modo, la decisión judicial que fue solicitada para enmendar la violación particular de un derecho acaba por convertirse en un remedio con vocación colectiva, ya que antes que solventar una infracción de tipo individual, persigue resolver aquella situación social que la ha producido y que compromete a un grupo más amplio de personas<sup>10</sup>.

Así pues, las sentencias estructurales involucran a extensos grupos de ciudadanos que —actuando en ocasiones de manera coordinada y en otras sin ningún tipo de organización estratégica— solicitan la protección de sus derechos. En este sentido, el supuesto de hecho en el que se enmarcan estas sentencias muestra un escenario de continuas y numerosas violaciones de los derechos de los ciudadanos que, por diferentes razones, no han sido resueltas por el Estado. Un ejemplo ilustrativo de este tipo de decisiones se encuentra en la *sentencia T-025 de 2004*, aprobada por la

---

<sup>10</sup> Resulta oportuno señalar que la aparición de estas sentencias se ha visto favorecida por la profunda revisión que se ha hecho durante la segunda mitad del siglo XX sobre el alcance de los derechos individuales. Gracias a dicho cambio ha sido posible ver en ellos algo más que ámbitos de la autonomía personal en los que se encuentra proscrita la intervención del Estado. Entre los diferentes adelantos teóricos conseguidos durante el período referido, interesa destacar en especial la postulación de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Desde su formulación por parte del Tribunal Constitucional alemán en el fallo *Lüth* (BVerfG, 1 BvR 400/51 vom 22.11.1951), esta figura ha llamado la atención sobre la complejidad de la labor que desempeñan los derechos y las libertades en un ordenamiento jurídico. En concreto, ha hecho evidente que su función no se agota en la salvaguarda de la autonomía y de la dignidad de los ciudadanos. Adicionalmente, estos derechos cumplen una tarea institucional: expresan los valores sobre los que se funda la totalidad de dicho ordenamiento.

De acuerdo con esta formulación, los derechos fundamentales no solo ejercerían un rol normativo. Reflejarían, además, el *catálogo axiológico* al que se orienta la totalidad del sistema jurídico. Dicha idea ha sido expresada por el Tribunal Constitucional español en la STC 25/1981 en los siguientes términos:

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en el sentido estricto, sino en cuanto garantizan un “status” jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto esta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución.

Esta amplia comprensión de los derechos fundamentales ha servido para diferentes propósitos, entre otros, para fundamentar la eficacia de los derechos entre particulares; para fundamentar los derechos de prestación y para justificar los deberes de protección en cabeza del Estado. Sin embargo, es de particular interés resaltar que, gracias a la dimensión objetiva, se ha admitido que la consagración de estos derechos conlleva una labor adicional a la protección del individuo frente a las injerencias del Estado. Supone la obligación colectiva —que ha de ser asumida tanto por el Estado como por los particulares— de generar las condiciones que hagan posible el más alto disfrute de estos derechos. Sobre la dimensión objetiva, ver BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993; HÄBERLE, PETER, «El concepto de los derechos constitucionales», en SAUCA, José (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

Corte Constitucional colombiana<sup>11</sup>. Mediante esta sentencia, originada en la interposición de 109 demandas individuales que fueron acumuladas por el Tribunal, se pretendió garantizar la protección de los derechos fundamentales de más de tres millones de víctimas del desplazamiento forzado que había producido el conflicto armado interno<sup>12</sup>.

Al otro lado del hemisferio, en el año 2002, la Corte Constitucional sudafricana adoptó una decisión con la que pretendía contribuir a la solución de uno de los problemas más graves que ha enfrentado el país tras la caída del *apartheid*. Se trata de la grave pandemia de sida que se ha extendido con alarmante rapidez en el continente africano y que ha azotado con particular rigor a la población sudafricana. Una escueta revisión de las cifras disponibles permite hacerse una idea de las dimensiones que había alcanzado entonces esta calamidad sanitaria. De acuerdo con un informe publicado por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA —ONUSIDA— para la época en que la sentencia fue aprobada, el país presentaba una cifra de 5,7 millones de personas contagiadas con el virus —de un total de cuarenta y cinco millones de habitantes en dicho año— y ocurrían, en promedio, mil muertes diarias por esta causa<sup>13</sup>.

En este difícil contexto el Tribunal Constitucional aprobó la sentencia *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*<sup>14</sup>. Con esta decisión la Corte quiso enmendar las graves fallas que le impedían al Estado cumplir con una tarea crucial para evitar la transmisión del VIH. Se hace referencia a la labor de diseñar una política pública orientada a prevenir el contagio del virus de madre a hijo.

Al examinar las decisiones adoptadas por el Estado en la materia, la Corte encontró acreditado que las autoridades nacionales y regionales habían llevado a cabo

---

<sup>11</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 22 de enero de 2004, referencia T-025 de 2004.

<sup>12</sup> De acuerdo con el último informe elaborado por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, para el año 2014 el número de desplazados en el país ascendió a 6'044.552. ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2014*. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1>

<sup>13</sup> UNAIDS, Report on the Global AIDS Epidemic, Annex 2: HIV/AIDS Estimates and Data, 2005. Recuperado el día 31 de octubre de 2013. El documento está disponible para consulta en <http://www.unaids.org>

<sup>14</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 5 de julio de 2002, caso CCT 8/02, asunto *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others* (en adelante TAC). Las traducciones de los textos que aparecen citados en inglés han sido realizadas por el autor.

esfuerzos locales de corto aliento que no ofrecían resultados eficaces. El Tribunal concluyó que un proceder semejante no era aceptable a la luz de lo dispuesto en la sección 27 de la Constitución sudafricana. Dicha norma asigna a las autoridades estatales la obligación de adoptar medidas razonables —bien sean de orden legislativo o de otra naturaleza— con el objetivo de asegurar la protección progresiva del derecho a la salud dentro de los recursos de los que dispone el Estado.

En opinión de la Corte, la decisión de encarar este desafío sin contar con una política pública diseñada para evitar el contagio del virus de madre a hijo resultaba irrazonable<sup>15</sup>. En consecuencia, declaró que el Gobierno tenía la obligación constitucional de diseñar e implementar un programa «coordinado y comprensivo» que atendiera de manera específica esta necesidad médica<sup>16</sup>. Esta decisión afectaría de manera directa a millones de personas en el país; sin embargo, su efecto potencial sería

---

<sup>15</sup> Resulta oportuno hacer referencia a la reflexión planteada en dicha ocasión en torno al control constitucional de las políticas públicas. Al respecto, la Corte destacó que la Constitución debe ser aplicada de manera imparcial, «sin temor, favor o prejuicio». En consecuencia, en aquellos casos en los que se discuta la constitucionalidad de una decisión de esta naturaleza, es deber de los magistrados obrar con la mayor fidelidad a la carta. Así pues, en el evento en que la Corte concluya que las políticas públicas diseñadas por las autoridades desconocen las disposiciones constitucionales, es forzoso que actúe en consonancia con dicho hallazgo. De considerar que una intervención como esta —continúa la Corte— constituye una violación del principio de separación de poderes, será necesario entender que se trata de una «intrusión ordenada por la misma Constitución». *Minister of Health and Others vs. TAC*, cit., par. 99.

<sup>16</sup> Adicionalmente, la Corte precisó que dicho programa debía incluir la provisión del antirretroviral nevirapina en los centros médicos que prestaran los servicios de salud y asistencia a las madres. La inclusión de esta orden por parte de la Corte requiere la siguiente explicación: una de las demandas presentadas con mayor énfasis por parte de las organizaciones civiles que promovieron este proceso apuntaba a conseguir el suministro de dicho medicamento. Esta exigencia se fundaba en la restricción que había sido impuesta por las autoridades, en virtud de la cual la nevirapina únicamente se ofrecía en algunos *centros piloto*.

Al ser sometida al test de razonabilidad practicado por la Corte, se concluyó que tal restricción vulneraba el derecho a la salud de las madres y de los hijos que pudieran beneficiarse de este tratamiento. Tal conclusión surgió tras comprobar que desde el año 2001 el antirretroviral había sido reconocido por la Organización Mundial para la Salud y que, adicionalmente, el Gobierno de Sudáfrica lo recibía de manera gratuita de los laboratorios encargados de su producción. Estos dos argumentos se sobrepusieron a las razones esgrimidas por las autoridades para limitar el suministro, por lo que se ordenó que en el plan ordenado se incluyera la entrega del antirretroviral. Sobre el alcance del test de razonabilidad empleado en el ordenamiento sudafricano, ver PILLAY, ANASHRI, «Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction?», in *South African Law Journal*, vol. 122, 2005, pp. 419-440; COOMANS, FONS, «Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the “Reasonableness” Test as Developed by the South African Constitutional Court», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005, pp. 167-196; MCLEAN, KIRSTY, «The Interpretation and Enforcement of Socio-Economic Rights», en *Constitutional Deference, Courts and Socio-Economic Rights in South Africa*, Ciudad del Cabo, Pretoria University Law Press. 2009, pp. 171-204.

mucho más amplio, pues, en últimas, las consecuencias de su implementación se extenderían sobre casi la totalidad de la población sudafricana.

En resumen, el primer atributo que distingue a las sentencias estructurales del amparo ordinario se halla en el elevado número de personas que resultan favorecidas por la protección global que aquellas ofrecen. Conviene hacer hincapié en que la mayoría de estos casos se originan debido a la exposición individual de una específica violación de un derecho. Si bien en determinadas oportunidades pueden concurrir varios demandantes, quienes incluso podrían acudir al proceso mediante una acción de grupo —*class action*—, lo cierto es que en estos casos se suele reclamar la protección de derechos individuales, por lo que rara vez se solicitan medidas estructurales<sup>17</sup>.

Al conocer estas controversias, el juez que luego emite la sentencia estructural comprueba que dichas demandas no plantean el enfrentamiento habitual entre dos partes, en el que una de ellas ha sufrido la violación de sus derechos. Por el contrario, observa que tales procesos se enmarcan dentro de contextos mucho más complejos que hacen que, a la larga, la protección ordinaria sea de poca utilidad pues deja inalteradas las causas de fondo que han provocado la infracción. Es por esto que decide modificar los efectos de la sentencia, de modo que aquello que inició como una petición individual, encaminada a obtener la protección de un derecho subjetivo, termine por convertirse en la plataforma desde la que toma vuelo una actuación judicial mucho más ambiciosa.

Ahora bien, es necesario señalar que a pesar de las similitudes que puede presentar el amparo estructural de los derechos con otras actuaciones judiciales cercanas —tales como la protección de los derechos colectivos—, este es un fenómeno esencialmente distinto que no debe ser confundido. Según se explica en las líneas que siguen, son varias las características que le brindan una identidad propia, una *singularidad*.

Es verdad que la primera característica del amparo estructural, aquella que apunta a la gran cantidad de sujetos que resultan beneficiados por estas órdenes, parece

---

<sup>17</sup> Ninguno de los ordenamientos de los que se han tomado los casos que se exponen en este apartado consagra una acción judicial específica para obtener la protección estructural de los derechos. Por el contrario, dichos sistemas ofrecen los recursos de amparo tradicionales mediante los cuales es posible obtener únicamente la tutela de un derecho subjetivo. De ahí que, según se explica en este capítulo, el particular efecto expansivo del fenómeno en cuestión sea el resultado del obrar de los tribunales y no del diseño de las acciones constitucionales.

trazar un cierto parentesco con la protección de los derechos colectivos. Por tanto, es necesario aclarar dicha cuestión. Para empezar, una de las características más notorias de las acciones establecidas para la protección de tales derechos consiste en que estas tienen, ya de entrada, una evidente vocación global. No podría ser de otra forma, pues el tipo de derechos que protegen se caracteriza por tener una titularidad colectiva y no individual<sup>18</sup>.

En atención a que el goce y la disposición de los derechos de tercera generación son ejercicios que únicamente pueden darse de manera colectiva —por lo que es impensable la posibilidad de disfrutar de modo individual de derechos como el medio ambiente sano o el espacio público—, necesariamente cualquier protección judicial que se ofrezca a uno de estos derechos habrá de desplegar sus efectos sobre un gran número de individuos<sup>19</sup>. Vale la pena insistir en que esto ocurre por cuanto dicho grupo es, en tanto colectivo, el titular del derecho. Por tanto, al no poder realizar separaciones en función de su titularidad, cualquier actuación que lleve a cabo el juez sobre el derecho habrá de afectar forzosamente a una colectividad.

Con arreglo a esta perspectiva, podría pensarse que las acciones dispuestas para la protección de los derechos colectivos serían, por definición, ejemplos paradigmáticos del amparo estructural. Sin embargo, esto no es así, ya que en este último fenómeno se observa un suceso que de ningún modo se presenta en aquellas acciones: se trata de la transformación del papel que terminan desempeñando acciones judiciales que han sido concebidas para la protección de derechos marcadamente individuales.

Este giro de las decisiones judiciales, que conduce del *amparo ordinario* al *amparo estructural de los derechos*, no ocurre en las acciones dedicadas a la protección de los derechos colectivos. En este caso no hay transiciones de esta índole dado que desde el momento de su interposición de ellas se espera que desplieguen efectos globales que afecten a la totalidad de quienes son titulares del derecho colectivo. Ese es su cometido institucional, por lo que no cabe extrañarse de las consecuencias de carácter general que trae consigo la aprobación de estas sentencias.

---

<sup>18</sup> LÓPEZ CALERA, NICOLÁS, *¿Hay derechos colectivos?, individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Madrid, Ariel, 2000; RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, «Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos», en *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 271-286.

<sup>19</sup> Sobre la distinción entre derechos colectivos en general y derechos colectivos fundamentales, ver PECES-BARBA, GREGORIO, «Los derechos colectivos», en ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 67-76.



Lo mismo cabría decir de las demás acciones que han sido diseñadas para proteger bienes o valores jurídicos que carecen de ese rasgo *subjetivo o individual* que es propio del recurso de amparo. De tal suerte, los mecanismos judiciales creados para solicitar la revisión de constitucionalidad de la ley o aquellos que permiten el control de los actos administrativos generales, aun cuando se funden en la acusación de infringir algún derecho, tampoco dan lugar, por lo general, a la emisión de una sentencia estructural.

Como ocurre en el caso de los derechos colectivos, el empleo de estas acciones ha de conducir necesariamente a la aprobación de decisiones que solo pueden tener efectos generales —lo que en el caso específico de las sentencias de constitucionalidad recibe el nombre de efectos *erga omnes*—. Esto es así por la especial naturaleza de las normas jurídicas sobre las que recae el control judicial: en la medida en que la ley cuenta con los atributos de *generalidad* y *universalidad*, las declaraciones que realiza el Tribunal Constitucional al llevar a cabo el control abstracto de dicha ley han de tener efectos análogos. Lo mismo ocurre con los actos administrativos de carácter general cuyo control ha sido confiado a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A lo anterior habría que añadir que estos instrumentos no son, en estricto sentido, garantías establecidas para la protección de derechos individuales. Antes bien, son recursos que pretenden asegurar la realización de funciones distintas, como la conservación de la supremacía constitucional o el mantenimiento de la coherencia del ordenamiento jurídico. En consecuencia, en estos casos tampoco se observa el *giro* que ha sido descrito anteriormente, por lo que tales acciones tampoco pueden ser incluidas en el fenómeno bajo estudio.

### ***(1.2.) El bloqueo institucional como causa de los litigios estructurales***

A esta primera característica de las sentencias estructurales es preciso añadir un segundo elemento de carácter sustancial que apunta a la especial naturaleza de la causa generadora de tales vulneraciones. Pues en los casos estructurales la cantidad de afectados, además de reflejar la amplia repercusión de los hechos demandados, indica que el juez no enfrenta una causa ordinaria.

La fuente más habitual de estas infracciones se encuentra en la presencia de arraigados obstáculos institucionales y culturales que impiden la adecuada reacción del

Estado. De ahí que, por lo general, más que una simple sumatoria de casos individuales que han coincidido por obra del azar, se observe aquí la manifestación plural —materializada en una multitud de casos— de un único problema de base: *la anulación del poder de respuesta del Estado frente a un contexto social crítico*.

No obstante, esta afirmación en ningún modo sugiere que todos los casos que concluyen con la aprobación de sentencias estructurales tengan el mismo origen. Según se muestra en esta investigación, bajo el término *amparo estructural de los derechos* se reúne un abigarrado conjunto de casos, por lo regular completamente disímiles en sus circunstancias fácticas e incluso jurídicas, que, pese a lo anterior, pueden ser agrupados en la medida en que cada uno es la expresión —más o menos evidente— del mismo fenómeno de intensificación de la actividad de los jueces en las democracias actuales.

La causa que suele ser invocada con mayor regularidad por los tribunales para justificar su activo involucramiento en la solución de asuntos encomendados a otras autoridades consiste en el hallazgo de situaciones de colapso en el cumplimiento de dichas tareas. De ahí que, con base en interpretaciones teleológicas y sistemáticas de los textos constitucionales, entiendan que las omisiones o el obrar negligente de las autoridades competentes autorizan —cuando no imponen— medidas judiciales de carácter excepcional.

De acuerdo con la terminología empleada por la ciencia política, lo anterior supone que en el trasfondo de dichos litigios los tribunales encuentran algún tipo de *bloqueo institucional* que ha capturado la capacidad de respuesta de la organización estatal y que, en consecuencia, ha generado ciclos de inercia en su funcionamiento<sup>20</sup>. En este orden de ideas, la actividad de los jueces busca remover los obstáculos que dificultan el cumplimiento de las tareas que a cada autoridad corresponde. Actuando de tal manera, el juez contribuiría al arreglo de la situación de *parálisis o estancamiento*, por lo que, una vez implementada la decisión, los órganos correspondientes se

---

<sup>20</sup> En la sentencia T-025 de 2004 la Corte colombiana resumió en los siguientes términos el alcance del bloqueo institucional en el que se habían sumido las entidades encargadas de atender a la población desplazada: «la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y (...) las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos (...) las organizaciones de derechos humanos han identificado los problemas de coordinación, la insuficiente apropiación de recursos, los obstáculos administrativos, los trámites y procedimientos innecesarios, el diseño deficiente de algunos de los instrumentos de la política, así como la omisión prolongada de las autoridades para adoptar los correctivos considerados como necesarios. Tal situación ha agravado la condición de vulnerabilidad de esta población y de violación masiva de sus derechos».

encontrarían de nuevo en condiciones de continuar el ejercicio de sus competencias de manera autónoma.

Como consecuencia del atributo al que acabamos de hacer referencia, otra de las características más notables de las sentencias estructurales se encuentra en la complejidad de las órdenes que contienen<sup>21</sup>. La dificultad que plantea el reto de devolver la normalidad al engranaje institucional del Estado y la urgencia de asegurar una protección efectiva —y en la medida de lo posible inmediata— de los derechos conculcados exigen de los jueces gran inventiva al momento de idear el remedio judicial requerido<sup>22</sup>.

### ***(1.3.) La complejidad de las sentencias estructurales***

Antes de avanzar en la explicación de esta propiedad de las sentencias estructurales, es preciso advertir que dichas decisiones parten de una decidida reformulación del dogma tradicional de la separación de los poderes públicos<sup>23</sup>. De acuerdo con la versión más popularizada de este principio, habría un conjunto de actividades estatales que, por su naturaleza y por las cualidades de los órganos a los que aquellas se confían, conviene reservar a órganos de elección popular.

Sin embargo, el pobre desempeño de dichas instituciones en algunos países —circunstancia determinante de la configuración del efecto de bloqueo institucional—, acompañado de los resultados obtenidos por ciertos tribunales en el manejo de estos

---

<sup>21</sup> SABEL, CHARLES Y SIMON, WILLIAM, «Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds», en *Harvard Law Review*, vol. 117, n.º 4, 2004, pp.1016-1101.

<sup>22</sup> La Corte Constitucional sudafricana ha destacado la importancia de la creatividad de los jueces para diseñar remedios adecuados y eficaces que pongan fin a las violaciones de los derechos: «especialmente en un país en el que tan pocas personas tienen los medios para hacer cumplir sus derechos por medio de los tribunales, es esencial que en esas ocasiones en las que el proceso legal establece que ha tenido lugar la violación de un derecho consagrado, este se pueda reivindicar efectivamente. Los tribunales tienen una responsabilidad especial a este respecto y están obligados a *forjar nuevas herramientas* y a dar forma a remedios innovadores, en caso de necesitarse, para conseguir este fin». Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 5 de junio de 1997, caso CCT 14/96, asunto *Fose vs. Minister of Safety and Security*. Sobre las dificultades propias del diseño de remedios judiciales en casos de litigio estructural, ver STURM, SUSAN, «Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, n.º 3, pp. 805-912, p. 815 y ss.

<sup>23</sup> LANDAU, DAVID, «Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado», en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n.º 24, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-83, p. 40 y ss.

asuntos, ha animado a los jueces a la hora de replantear los límites de su actividad frente a la esfera de competencias del Legislador.

La aludida complejidad de estas decisiones se traduce en que, en vez de imponer la ejecución de los mandatos típicos *de dar, hacer o no hacer*, los tribunales exigen actuaciones poco ortodoxas que demandan un decidido esfuerzo institucional de parte de las entidades responsables. El caso *Grootboom*<sup>24</sup>, resuelto por la Corte Constitucional sudafricana en el año 2000, es una muestra ejemplar del carácter excepcional de las órdenes emitidas por los tribunales en estas controversias. En dicha decisión, la Corte declaró por vez primera desde el inicio de sus funciones como Tribunal Constitucional la violación de un derecho social<sup>25</sup>. De manera puntual, la Corte se encontraba llamada a determinar el alcance de la sección 26 del *Bill of Rights* de la Constitución sudafricana, el cual dispone que «toda persona tiene el derecho a acceder a una vivienda adecuada».

Gracias a la demanda presentada por un grupo liderado por Irene Grootboom, la Corte sudafricana tuvo conocimiento de uno de los problemas más serios que había generado el *apartheid* en materia de acceso a la vivienda. Durante el período de segregación se puso en marcha un sistema de control encaminado a limitar la ocupación de las áreas urbanas por parte de la población negra. Como consecuencia de lo anterior, en la península del Cabo la entrega de viviendas a favor de los afrodescendientes fue suspendida a partir del año 1962, hecho que desencadenó un masivo éxodo de personas empobrecidas que, además de verse privadas de la posibilidad de adquirir vivienda, eran sometidas a desalojos forzosos y a una represión policial permanente<sup>26</sup>.

Luego de analizar la constitucionalidad del plan diseñado por la Administración para resolver la aguda crisis habitacional de la zona —examen que fue realizado a la luz del principio de razonabilidad—, la Corte concluyó que «la sección 26(2)<sup>27</sup> de la

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 4 de octubre de 2000, caso CCT 11/00, asunto *Irene Grootboom and Others vs. The Government of the Republic of South Africa and Others*.

<sup>25</sup> BERGER, JONATHAN, «Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education», en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL (edit.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 38-99, p. 45.

<sup>26</sup> *Grootboom*, cit., par. 6.

<sup>27</sup> La disposición en cuestión establece lo siguiente: «El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza razonables, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de este derecho [a la vivienda adecuada]».

Constitución requiere del Estado el diseño y la implementación, dentro de los recursos disponibles, de un *programa completo y coordinado para asegurar de manera progresiva el derecho a una vivienda adecuada*»<sup>28</sup> (énfasis fuera de texto). De este modo, de acuerdo con la opinión expresada por la Corte, si bien la disposición constitucional no concede a los ciudadanos sudafricanos el derecho subjetivo a reclamar del Estado una vivienda, el artículo impone a este último una obligación ciertamente exigible —incluso por vía judicial como ocurrió en este caso—, consistente en desarrollar un plan que ha de ceñirse a precisos parámetros constitucionales.

Adicionalmente, la Corte señaló que, en virtud del aludido principio de razonabilidad, dicho programa debía ofrecer especial atención a las personas que, como la demandante, vivían en «condiciones intolerables» o en «situaciones críticas» de pobreza o miseria. El hecho de no haber acatado esta obligación al diseñar el plan de vivienda fue el principal defecto descubierto por la Corte Constitucional. En su opinión, si bien el propósito de solucionar, de manera general, el problema habitacional de todos los ciudadanos es un fin constitucionalmente legítimo, dichas medidas deben hacer especial énfasis en las personas que sufren con mayor intensidad los efectos de la falta de albergue.

Por su parte, en la sentencia T-025 de 2004 la Corte Constitucional colombiana, al constatar que una de las causas de la grave situación en que se encontraban las víctimas del desplazamiento forzado era la insuficiente provisión de recursos del erario público, ordenó al Estado colombiano «fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal (...) necesario para cumplir con la política pública encaminada a proteger los derechos fundamentales de los desplazados»<sup>29</sup>. Con base en dicha estimación, el Estado fue obligado a informar al Tribunal cuál habría de ser el mecanismo orientado a asegurar la obtención de dichos recursos y, finalmente, a dar cuenta del plan de contingencia que habría de ser empleado en el supuesto en que los recursos no llegasen oportunamente.

De tal suerte, la Corte se abstuvo de arrogarse la facultad de determinar de manera unilateral el monto presupuestal que el Estado debía emplear para la atención de la población desplazada. En lugar de esto, exigió a los órganos responsables de dicha labor que realizaran el cálculo correspondiente. Este modo de obrar, según se explica

---

<sup>28</sup> *Grootboom*, cit., literal J, par. 99.

<sup>29</sup> Parte resolutive de la sentencia T-025 de 2004, cit.

más adelante, procura a las decisiones judiciales una mayor legitimidad democrática pues, en vez de usurpar el ejercicio de competencias ajenas, la autoridad responsable conserva sus atribuciones y hace uso de ellas dentro del margen de configuración que surge con ocasión del intercambio con el Tribunal Constitucional.

En cumplimiento de esta orden, el Departamento Nacional de Planeación —órgano de naturaleza técnica adscrito a la Presidencia de la República— determinó que el esfuerzo presupuestal requerido para atender el «mínimo de protección de los derechos» de la población desplazada debidamente inscrita para el mes de diciembre de 2004 ascendía a un total de 4,7 billones de pesos colombianos<sup>30</sup>, lo que equivale a un total de 1.908 millones de euros.

Este monto representaba un incremento exponencial del presupuesto destinado a la atención de las víctimas del desplazamiento forzado, ya que de acuerdo con el mismo documento, durante el período comprendido entre los años 1995 y 2004 se invirtieron para este fin un total de 1,3 billones de pesos colombianos —527 millones de euros—, cifra que contrasta con aquella dispuesta para el año 2005 pues representa un porcentaje de tan solo un 27,6% de esta última.

#### ***(1.4.) El proceso de seguimiento a las sentencias estructurales***

Queda por mencionar un último atributo que suele caracterizar a las sentencias estructurales. Se trata del proceso de seguimiento que realizan los tribunales con el objetivo de evaluar el cumplimiento de las órdenes impartidas. Al respecto, es preciso señalar que la complejidad de dichas prescripciones y, especialmente, el alto nivel de las entidades a las que aquellas se dirigen en la estructura del Estado han llevado a que, en numerosas oportunidades, los tribunales se encarguen de verificar su acatamiento.

Antes de ahondar en el estudio de esta característica es necesario tener presente la siguiente reflexión de orden procesal. Al dictar la sentencia, el juez ha conducido el litigio a la cúspide procesal en la que se han de resolver, mediante un pronunciamiento institucional, las tensiones generadas por los intereses enfrentados durante el trámite. De

---

<sup>30</sup> CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, Documento 3400 de 2005. Metas y priorización de recursos presupuestales para atender a la población desplazada por la violencia en Colombia. Recuperado el día 17 de julio de 2013. El documento está disponible para consulta en: <https://www.dnp.govs.co/LinkClick.aspx?fileticket=u—s8Vi5uj8E%3D&tabid=1080>

ahí que la aprobación de la sentencia sea un momento concluyente —en cuanto da por terminada la controversia— y *esclarecedor* del significado del proceso, ya que justifica el intercambio y la contradicción ocurrida entre las partes. Esto último quiere decir que la sentencia *explica* el sentido del diálogo ocurrido en el proceso, no solo desde una perspectiva puramente jurídica, sino también ética: en la medida en que el juez cuenta con las distintas versiones de las partes, recaudadas gracias al mencionado intercambio de razones y argumentos, se encuentra legitimado para solventar con autoridad la controversia.

Una vez ha sido dictada la sentencia, a las partes solo les restaría dar cumplimiento al fallo o, de subsistir su inconformidad, interponer los recursos que lleven a una eventual reconsideración de la decisión. En cualquier caso, lo cierto es que la sentencia da por terminado el diálogo que ha establecido el juez con las partes, por lo que —salvo que se difiera la determinación de asuntos tales como la fijación del *quantum* de una indemnización u otras cuestiones similares— con la sentencia quedan zanjados los elementos sustanciales del problema jurídico planteado.

Pues bien, uno de los rasgos más llamativos del amparo estructural consiste en que buena parte de estos procesos no concluye con la expedición del fallo. Pese a que no en todas las sentencias estructurales el juez se reserva la facultad de supervisar su cumplimiento, lo cierto es que la verificación del acatamiento de las órdenes impuestas es un punto crucial de estas decisiones.

Con arreglo a este planteamiento, la aprobación de la sentencia dejaría de representar en estos casos el momento en que se concluye un proceso social de reclamación de derechos. En lugar de ello, se convierte en un punto de inflexión —mas no de ruptura— desde el cual las exigencias sociales se hacen aún más intensas. Esto es así por cuanto la expedición de las órdenes estructurales en modo alguno pretende clausurar el *proceso* del que han surgido. Por el contrario, en tanto la inacción y la negligencia del Estado son, en buena medida, los problemas de fondo; en lugar de finiquitar el litigio, las sentencias estructurales pretenden avivar y estimular las adormiladas fuerzas de la organización estatal. En ese sentido, la expedición de la sentencia constituiría, más bien, un punto de partida a partir del cual empezaría a obrar la intervención pergeñada por el Tribunal.

La amplia gama de obligaciones impuestas por estos fallos —entre las que se cuentan las labores de planeación, inversión, evaluación, investigación— involucra a una extensa red de instituciones estatales que han de actuar de manera coordinada para conseguir el cumplimiento de los objetivos a los que apunta la sentencia. Así pues, en la medida en que la ejecución de estos fallos supone un arduo y complejo esfuerzo de parte del Estado, la comprobación de su buena marcha no suele ser abandonada a su suerte por los tribunales.

La sentencia dictada en el proceso *Brown vs. Board of Education*<sup>31</sup> por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ejemplifica con gran claridad la característica a la que hacemos referencia. Al margen de la trascendental importancia que ha tenido este fallo para el constitucionalismo contemporáneo, es preciso destacar que dicha sentencia era tan solo el inicio de un proceso de movilización legal y social encaminado a poner fin a la discriminación racial en el ámbito escolar en los Estados Unidos.

Pese a que el fallo fue suscrito por la Corte Suprema en el año 1954, la controversia solo terminaría décadas después —durante las cuales el proceso debió afrontar vicisitudes de toda índole— cuando se juzgó que la transformación proyectada en la sentencia se había convertido, al menos en parte, en una realidad. De tal suerte, los enfrentamientos institucionales provocados por autoridades renuentes a cumplir el fallo, la interposición de nuevas acciones que pretendían aprovechar las conquistas alcanzadas en la sentencia, la creación y la consolidación de grupos sociales de presión que aspiraban a maximizar los logros obtenidos gracias a la decisión, el ejercicio de las competencias de seguimiento confiadas a los tribunales estatales, entre otros muchos factores, hacen que el fallo de 1954 sea visto como una fecha de referencia en el desarrollo de este litigio estructural, mas no como su punto de desenlace.

Este mismo atributo se presenta en la sentencia T-025 de 2004. El seguimiento del fallo —a diferencia de lo ocurrido en *Brown*— fue asumido de manera directa por la Corte Constitucional desde el momento de su aprobación. El proceso de verificación ha cumplido ya más de diez años, durante los cuales se han aprobado alrededor de 300 decisiones judiciales —autos de seguimiento— con el fin de evaluar el grado de

---

<sup>31</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, del 17 de mayo de 1954, asunto 347 U.S. 483 (1954), *Brown et Al. vs. Board of Education of Topeka et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas, n.º 1. (Brown I)*.



ejecución de las órdenes y de adoptar correctivos frente a los incumplimientos que han persistido. Este seguimiento continúa en la actualidad y, teniendo en cuenta los resultados obtenidos hasta ahora, no se avizoran indicios que permitan augurar una terminación próxima del proceso.

En esta misma línea se encuentra la sentencia T-760 de 2008, también aprobada por la Corte Constitucional colombiana, en la que el Tribunal emitió un dictamen sobre la grave situación del derecho a la salud en el país<sup>32</sup>. En esta decisión, la Corte comprobó la existencia de fallas estructurales en el sistema de seguridad social que resultaban incompatibles con las obligaciones impuestas al Estado por la Constitución, los tratados de derechos humanos<sup>33</sup> y la legislación nacional.

Con el propósito de impulsar la adopción de medidas que satisficieran estas exigencias, la Corte emitió un ambicioso conjunto de órdenes. Tales prescripciones buscaban resolver la falta de regulación de las actividades del sector, esclarecer la incertidumbre sobre el contenido de los planes de salud, finiquitar la desigualdad en virtud de la cual las personas con menores recursos recibían prestaciones restringidas en comparación con quienes contaban con mayores ingresos, garantizar la circulación fluida y oportuna de los recursos económicos del sistema, asegurar la actualización de los planes de salud de acuerdo con los cambios epidemiológicos, entre otros remedios globales dirigidos a mejorar la situación del sistema de salud colombiano.

Al igual que ocurrió en la sentencia T-025 de 2004, la Corte conservó la facultad de verificar el cumplimiento de la decisión, lo que ha dado lugar a un activo proceso en el que han tomado parte diversos actores sociales. En él han participado órganos de control del Estado, agremiaciones defensoras de los derechos de los pacientes, universidades, centros de pensamiento dedicados a asuntos jurídicos y sociales,

---

<sup>32</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 31 de julio de 2008, referencia T-760 de 2008.

<sup>33</sup> Entre los diferentes tratados internacionales considerados por la Corte, vale la pena destacar el Protocolo de San Salvador, «adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales», y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De igual manera, conviene destacar la recomendación emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el alcance del artículo 14 del Pacto que consagra el derecho a la salud. Al respecto, ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22º período de sesiones, 2000. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en)

asociaciones que representan los intereses de las empresas prestadoras del servicio de salud, ministerios, superintendencias, entre otras organizaciones. Todas ellas tienen en común los siguientes elementos: por una parte, desempeñan una labor que incide directamente en la situación de la salud en el país; en segundo término, cuentan con un claro interés en el resultado del proceso en la medida en que pueden ser afectadas por las decisiones de la Corte<sup>34</sup>.

De tal manera, el Tribunal ha pretendido aprovechar la experiencia acumulada por estas organizaciones, así como también el conocimiento técnico de los órganos especializados, cuyo acompañamiento ha requerido. Gracias a ello, ha recolectado un importante acervo probatorio con base en el cual ha adoptado las decisiones judiciales de seguimiento a lo largo de estos años. A su vez, contar con dicho respaldo le ha servido a la Corte para hacer frente a las críticas que han acusado la falta de preparación técnica y de legitimidad democrática de este tipo de actuaciones.

#### ***(1.5.) El giro tutelar y el proceso de seguimiento como criterios para la identificación de los fallos estructurales***

Una vez concluida la presentación de los rasgos generales del amparo estructural, surge la pregunta sobre cómo se presentan en la práctica estas características. En concreto, se indaga si la inclusión de una determinada decisión judicial en el conjunto a cuyo estudio nos dedicamos depende del estricto cumplimiento de la totalidad de los criterios enlistados o si, por el contrario, una sentencia puede ser calificada como decisión estructural pese a no cumplir con uno o más de dichos criterios.

---

<sup>34</sup> La imagen más fiel de la dinámica que ha dirigido estos procesos de seguimiento se encuentra en las audiencias públicas convocadas por la Corte para evaluar los avances conseguidos. La participación de los actores involucrados genera un diálogo institucional a partir del cual el Tribunal obtiene elementos de juicio para calificar el desempeño de las autoridades y para disponer la adopción de los correctivos que sean necesarios. Sobre el particular, DIANA Y CÉSAR RODRÍGUEZ han manifestado lo siguiente: «El principal mecanismo de participación y deliberación puesto en marcha por la Corte son las audiencias públicas. En ellas intervienen, además de los magistrados de la Corte, delegados del Gobierno, representantes de ONG y de organismos internacionales, y líderes de organizaciones de población desplazada. Funcionan como un mecanismo de rendición de cuentas por parte del Gobierno, y de discusión de los resultados y los obstáculos de las políticas sobre desplazamiento». RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., p. 173.

Este interrogante nace de la oposición de dos perspectivas desde las que puede ser analizado el tema. Con arreglo a una primera visión del fenómeno, toda sentencia que no se restrinja a las partes y que, por lo tanto, busque ampliar su margen de acción con el objetivo de proteger los derechos de otras personas, habría de ser considerada una sentencia estructural. De otro lado, una aproximación diferente que propondría una comprensión más estricta de estas decisiones, exigiría un cumplimiento riguroso de todos los criterios que han sido señalados.

La primera perspectiva hace especial énfasis en lo que aquí hemos llamado la ejecución *del giro tutelar*, esto es, en la transformación de la vocación del recurso de amparo —marcadamente individualista en su origen— por la que este último acaba desempeñando una función global o estructural. Al hacer hincapié en dicha propiedad, necesariamente se generan toda suerte de parentescos con aquellas decisiones que, en mayor o menor medida, adquieren una proyección que desborda los márgenes trazados entre quienes han participado en el proceso judicial.

No obstante, esta aproximación no es del todo acertada dado que al centrar la atención en una propiedad que tiene poco de novedoso en el derecho, oscurece los rasgos verdaderamente distintivos que por primera vez aparecen con las sentencias estructurales. Pues la aludida ampliación de los efectos de las decisiones judiciales no es una creación que haya sido introducida por medio de estas sentencias. Antes bien, argumentos fundados en los principios de la igualdad, la coherencia del ordenamiento jurídico y la economía procesal han inspirado este tipo de medidas antes del surgimiento de las sentencias estructurales.

De lo anterior resulta que la identidad conceptual del amparo estructural no debe ser fijada —o al menos no de forma exclusiva— en el *giro tutelar*. Si bien, según se ha indicado, esta es una de las cualidades más importantes del fenómeno, de ello no se infiere que esta característica suponga a los demás atributos o que, ante la presencia de esta, la de los demás resulte superflua o prescindible.

Por el contrario, la conjugación de este atributo con las características restantes llena de significado e identidad al amparo estructural de los derechos. De mantenerse desligado de las otras propiedades, el fenómeno quedaría reducido a la condición de ser una mera suma de casos individuales, por lo que perdería la diversidad de matices que lo han convertido en un interesante tema de reflexión para el derecho constitucional.

La idea que acaba de ser expresada conduce a la segunda perspectiva desde la que pueden ser analizadas estas decisiones. De acuerdo con este acercamiento, únicamente aquellos fallos que cumplan con rigor las características que han sido comentadas podrían ser incluidos en dicho conjunto. De lo anterior se deduce que solo un porcentaje verdaderamente reducido de tales sentencias harían parte del fenómeno bajo análisis.

Si esta visión fuese la adecuada, casos emblemáticos como *Grootboom* o *TAC* no podrían ser comprendidos en dicho conjunto. Las órdenes estructurales que fueron aprobadas en estos dos fallos exigían del Gobierno la elaboración de sendos planes nacionales encaminados a la protección de los derechos infringidos. En el caso *Grootboom*, la Corte dispuso el diseño y la implementación de un «programa integral y coordinado» que, en el marco de los recursos disponibles, asegurara progresivamente el derecho a la vivienda. En la parte resolutive de la sentencia *TAC*, por su parte, la Corte precisó que, en virtud de lo prescrito en la sección 27 de la Constitución, el Gobierno estaba obligado a diseñar e implementar un programa de las mismas condiciones anotadas en la sentencia *Grootboom* para conseguir la realización progresiva del derecho a la salud de las madres e hijos que enfrentan el riesgo de transmisión del VIH.

No obstante, en estas sentencias la Corte sudafricana renunció a la facultad de supervisar el cumplimiento de las órdenes dirigidas a las autoridades estatales<sup>35</sup>. En su opinión, el supuesto sobre el que debe apoyarse el empleo de esta competencia se echaba de menos en ambos casos, por lo que el monitoreo de estas decisiones quedó por fuera de su agenda<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Sin embargo, encargó en los siguientes términos dicha tarea a la Comisión de Derechos Humanos: «En estas circunstancias, la Comisión habrá de monitorear y, de ser necesario, reportar en los términos de estos poderes [esto es, aquellos conferidos por la sección 184] sobre los esfuerzos realizados por el Estado para cumplir con sus obligaciones establecidas en la sección 26 de acuerdo con esta decisión». *Grootboom*, par. 97.

<sup>36</sup> Según lo muestra el extracto de la sentencia *TAC* que se transcribe a continuación, en opinión de la Corte la conservación de la jurisdicción depende, en gran medida, de la confianza institucional que genere el destinatario de las órdenes: «La sentencia dictada por el Alto Tribunal incluía una orden estructural que exigía a los demandados revisar sus políticas y remitir las políticas revisadas al Tribunal para permitirle determinar si la política era consistente con la Constitución. En la sentencia *Pretoria City Council* esta Corte reconoció que los Tribunales tienen estas facultades. En los casos apropiados han de ejercer dicho poder si es necesario para asegurar el cumplimiento de una orden judicial. Esto puede deberse a la falta de atención de hacer caso a órdenes declaratorias u otro tipo de medidas que han sido adoptadas por un Tribunal en un caso particular. No consideramos, sin embargo, que las órdenes deban ser emitidas en estos términos a menos que sea necesario. *El Gobierno siempre ha respetado y ejecutado las órdenes de esta Corte. No hay razón para creer que no hará lo mismo en el presente caso*» (énfasis fuera de texto). *TAC*, par. 129. LANDAU ha analizado las razones por las que la Corte Constitucional sudafricana no

De acuerdo con la presentación que se ha hecho de las sentencias estructurales, en estos dos fallos haría falta el cuarto criterio de identificación. No sería una falta menor pues el proceso de seguimiento es el escenario que permite el intercambio de propuestas, enmiendas y evaluaciones entre las partes interesadas, lo que a la postre puede conducir a una más eficiente protección de los derechos<sup>37</sup>.

Sin embargo, no siempre que los tribunales asumen la vigilancia del cumplimiento de las sentencias ocurre este intercambio de razones y argumentos. Esto último, en realidad, depende del tipo de orden que haya sido consignada en la parte resolutive del fallo. Bien puede ocurrir que el juez conserve la competencia para verificar su acatamiento pero que ello no dé lugar a dicho intercambio. Por el contrario, puede que se establezca un canal de comunicación unidireccional en el que el juez jamás pierda el monopolio sobre el diseño de las medidas que estime necesarias para poner fin a la violación del derecho<sup>38</sup>.

En cualquier caso, la fase de implementación es de enorme importancia para las decisiones estructurales pues su inherente complejidad puede permitir, aun cuando se adopten medidas para conjurar este efecto, el extravío de los esfuerzos institucionales. Pese a ello, como ha sido indicado, no siempre estas sentencias disponen la continuación de este período de verificación, por lo que tampoco este rasgo resulta estrictamente necesario para que una decisión judicial se convierta en una sentencia estructural.

---

acostumbra incluir medidas de supervisión en sus sentencias estructurales. El autor sostiene que esta tendencia es consecuencia del funcionamiento de la política y del particular diseño institucional del país. Desde la caída del *apartheid*, la política sudafricana se ha caracterizado por la hegemonía ejercida por el Congreso Nacional Africano. Este partido desempeñó un papel protagónico durante la aprobación de la Constitución de 1996, lo que supo aprovechar para infundir en dicho articulado el ánimo transformador que ha reclamado como bandera del partido. De lo anterior resulta que el cumplimiento del ideario consignado en la Constitución no se ha enfrentado a fuerzas políticas adversas en el Congreso. En consecuencia, la Corte se ha abstenido de adoptar dichas medidas de supervisión, pues en las demás ramas del poder público ha encontrado aliados dispuestos a apoyar y emprender la realización de los objetivos proyectados en la Constitución. LANDAU, Op. Cit., p. 68 y ss.

<sup>37</sup> La doctrina que se ha ocupado del estudio de estas soluciones judiciales se refiere a ellas como *intervenciones experimentalistas* o *remedios dialógicos*. Al respecto, ver SABEL Y SIMON, Op. Cit., p. 1019 y GARGARELLA, Op. Cit.

<sup>38</sup> FEELEY Y RUBIN han propuesto como ejemplos de esta actitud judicial los primeros fallos de los Tribunales Federales de los Estados Unidos que se ocuparon de las condiciones de los centros penitenciarios. En estas sentencias la especificidad de las órdenes llegaba al punto de establecer el voltaje que debían tener los bombillos de las celdas, el número de presos por habitación, la frecuencia de las duchas y el contenido calórico de la alimentación. FEELEY, MALCOLM Y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 115 y ss.

### ***(1.6.) La gradualidad en el cumplimiento de las características del amparo estructural***

En este punto es necesario introducir una noción que permita comprender la forma como se relacionan los elementos que caracterizan el amparo estructural. Se trata de la idea de la *gradualidad*. Se usa este término para destacar que la intensidad del carácter estructural de una sentencia puede variar de acuerdo con la manera como esta dé cumplimiento a las pautas de identificación a las que se ha hecho referencia. Dicho en otros términos, una decisión judicial puede ser más o menos estructural que otras, lo que no afecta su inclusión dentro del conjunto que se analiza, pero sí el lugar que ocupa dentro de él.

De lo anterior resulta que no todas las sentencias estructurales satisfacen del mismo modo, o con una intensidad equivalente, los criterios de identificación que han sido expuestos. Antes bien, estas decisiones fluctúan dentro de parámetros generales en los que cabe la oscilación. De ahí que en esta materia no exista un grado absoluto que, por el hecho de ser alcanzado, reduzca a un mismo valor las diferencias del nivel de intervención del juez, o borre de plano los matices de cada decisión.

Toda sentencia estructural es el resultado de una conjunción de causas sociales, jurídicas e institucionales ante las que reaccionan los tribunales. Por ende, si la gravedad de la causa varía, es apenas obvio que la respuesta institucional también habrá de fluctuar. Esto es así en la medida en que la intensidad de la causa acaba por comunicarse de algún modo a la proporción de la reacción judicial que provoca<sup>39</sup>.

En este sentido, dado que las sentencias estructurales se forjan de acuerdo con las realidades que pretenden transformar, y teniendo en cuenta que dichas realidades rara vez coinciden, es ilusorio pensar que exista un único modelo de estas decisiones que sea capaz de abarcar todos los casos.

---

<sup>39</sup> Sin embargo, lo anterior de ninguna forma sugiere que exista una eventual relación de proporcionalidad directa entre estos dos factores, en virtud de la cual las sentencias estructurales terminen por convertirse en espejos nítidos de las causas que las han generado. Una afirmación semejante supondría el desconocimiento de todos los factores que median entre la realidad y la sentencia judicial. Entre una y otra se abre toda una serie de elementos por los que debe filtrarse la decisión y que acaban por darle forma. En concreto, se hace referencia a la tradición jurídica a la que pertenezca el ordenamiento, a su diseño institucional, a la amplitud o restricción de las facultades atribuidas a los tribunales, a la existencia de precedentes similares, entre otros muchos factores que inciden en la decisión. Este abanico de factores hacen que la realidad ciertamente estimule la respuesta judicial, pero que en ningún caso la condicione de manera definitiva.

Una vez ha sido descartada la formulación de aquel prototipo de sentencia estructural, aparece con claridad el hecho de que este fenómeno se manifiesta a través de casos dispares. Sin embargo, el reconocimiento de tales diferencias de ningún modo eclipsa la presencia de características transversales que autorizan la creación de un conjunto que comprenda a aquellas sentencias y que permita su estudio global.

Según acaba de ser indicado, las diferencias que se observan entre uno y otro caso refuerzan la idea de la *gradualidad*, pues dejan ver que no en todos los casos el carácter estructural de las sentencias es el mismo. Lo anterior quiere decir que estas sentencias satisfacen de distintas maneras o, lo que es igual, con grados diferentes los criterios que han sido propuestos para su identificación. En conjunto, la valoración de dichos parámetros permitirá establecer la intensidad con la que se manifiesta el fenómeno en una decisión judicial concreta.

Para exponer adecuadamente la idea de la gradualidad es necesario hacer referencia a la manera como aquella se refleja en los dos primeros criterios de identificación —esto es, en el número de personas afectadas y en la complejidad de la orden—. Antes de hacerlo es preciso señalar que no en todos los casos las diferencias de grado que se encuentran en estos criterios producen forzosamente variaciones de la intensidad del carácter estructural de la decisión. De ahí que, por ejemplo, variaciones sobre el mayor o menor número de personas a las que finalmente se amplían los efectos de la sentencia no necesariamente han de traducirse en un mayor efecto estructural. Como se explica enseguida, es posible que una decisión judicial afecte a un reducido número de personas solo porque se trata, objetivamente, de un grupo social conformado por pocos integrantes. Sin embargo, de este único factor no depende la magnitud estructural que finalmente se le reconozca al fallo, pues bien puede ocurrir que al revisar los demás criterios se arribe a una conclusión contraria de aquella que sugería el número de personas favorecidas por la decisión.

El primer criterio que ha sido propuesto para la identificación de los fallos estructurales es, precisamente, la cantidad de personas cuyos derechos terminan siendo cubiertos por la decisión judicial. Como fue señalado en su momento, lo que en realidad importa al analizar este atributo es la realización del *giro tutelar*. En consecuencia, si bien el número de personas amparadas puede incidir en la magnitud del efecto estructural de la sentencia, pues es posible que este factor imponga la ejecución de

planes aún más vastos de los que hubiera requerido otro caso, lo cierto es que tomar este criterio como única referencia puede conducir a conclusiones erradas.

Es importante tener en cuenta esta precisión, ya que buena parte de las sentencias estructurales ha sido aprobada con el objetivo de proteger los derechos de grupos minoritarios<sup>40</sup>. En estos casos el reducido número de personas que regularmente hacen parte de dichos grupos podría arrojar pistas inexactas sobre su efecto estructural. De ahí que sea posible encontrar sentencias cuyo coeficiente estructural sea significativamente alto, pero que sus efectos únicamente se desplieguen sobre colectividades que, desde una perspectiva únicamente cuantitativa, distan de ser considerables.

Un buen ejemplo de lo anterior se encuentra en la sentencia T-592 de 2002 aprobada por la Corte Constitucional colombiana<sup>41</sup>. En dicha oportunidad la Corte resolvió una acción de tutela interpuesta por una persona discapacitada que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y a la libertad de locomoción. La causa de dicha infracción consistía en que el sistema de transporte masivo de la ciudad de Bogotá no se encontraba totalmente adaptado para el uso de personas que se movilizaran en silla de ruedas. Luego de concluir que la Constitución garantiza el acceso en condiciones de igualdad al servicio de transporte a las personas con limitaciones de esta índole, la Corte ordenó a la empresa administradora del sistema diseñar «un plan orientado a garantizar el *acceso* del accionante al sistema de transporte público básico de la ciudad, sin tener que soportar limitaciones que supongan cargas excesivas, y que una vez diseñado el plan inicie, inmediatamente, el proceso de ejecución de conformidad con el cronograma incluido en él». A su vez, ordenó a la

---

<sup>40</sup> Sobre el concepto de minoría cultural, ver KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural*, Madrid, Espasa, 1996. Al respecto conviene señalar que en la doctrina se ha producido un enérgico debate sobre los factores que deben emplearse para identificar a las minorías. De adoptar un criterio puramente cuantitativo, solo podrían ser consideradas como minorías aquellos grupos que, en comparación con la sociedad mayoritaria, representarían una porción reducida en términos de tamaño demográfico. Sin embargo, en la sociología se ha abierto camino una segunda postura, mucho más acertada en nuestro criterio, según la cual esta condición no depende de la proporción demográfica del grupo, sino del lugar que este ocupa en la sociedad. Por tanto, la identificación de una minoría como tal refleja la situación de subordinación histórica a la que se ha visto sometida y al tratamiento vejatorio o discriminatorio que continúa recibiendo. Al respecto, OSBORNE, RAQUEL, «Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad», en *Papers: Revista de sociología*, n.º 53, 1997, pp. 65-76; OSBORNE, RAQUEL, «¿Son las mujeres una minoría? », en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, n.º 14, 1996, pp. 79-93.

<sup>41</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 1 de agosto de 2002, referencia T-595 de 2002.



misma empresa brindar información periódica al demandante y a la Asociación Colombiana para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad sobre el desarrollo de dicho plan, para que pudieran «participar en las fases de diseño, ejecución y evaluación del mismo».

Así pues, gracias a esta decisión las entidades responsables de la administración del transporte de una ciudad de más de siete millones de habitantes fueron obligadas a adecuar un sistema que no había sido diseñado para atender las necesidades de las personas cuya movilidad dependía de una silla de ruedas.

A pesar de que una sentencia como esta pretende amparar los derechos de una población muy específica que es, además, considerablemente pequeña en términos de proporción demográfica, la intensidad del carácter estructural de esta sentencia es innegable. Esto es así por el efecto de compensación que producen los demás criterios de identificación. De manera puntual, se hace referencia tanto a la dimensión del bloqueo institucional descubierto por la Corte —materializado en la incapacidad histórica de dar cumplimiento a la normativa que ordena la adecuación del sistema de transporte masivo de manera que se ajuste a los requerimientos de la población discapacitada— como al tipo de orden con la que se enfrenta la controversia.

Sin duda, este último factor es el más influyente a la hora de determinar el efecto estructural de la decisión. Pues, en vez de optar por un remedio concreto que resolviera los problemas específicos de movilidad del demandante, la Corte prefirió una solución mucho más ambiciosa, encaminada a abordar el problema de fondo. Dicha elección hace que la envergadura de la decisión sea mucho mayor y que su cumplimiento suponga esfuerzos muy superiores a los que son usuales en el contexto de un amparo ordinario. El diseño de un plan como el exigido por la Corte requiere el desarrollo de labores de coordinación entre las autoridades, la apropiación de recursos suficientes, el diseño de estrategias adecuadas, la contratación de expertos en la materia, la remodelación y la construcción de obras de infraestructura, entre otras muchas tareas que deben ser desarrolladas para la ejecución de este tipo de empresas<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Un ejemplo semejante al que acaba de ser expuesto se encuentra en la sentencia T-1258 de 2008, aprobada también por la Corte Constitucional colombiana. El caso es llamativo pues la autoridad que había sido acusada de infringir los derechos fundamentales de quien interpuso la acción de tutela era el mismo Tribunal. El demandante —una persona que medía un metro de estatura— acusaba a la Corte de desconocer sus derechos al no contar con ventanillas especiales en la secretaría general para brindar atención a las personas de «talla baja». Después del trámite de las instancias judiciales ordinarias, la

En suma, pese a que el criterio cuantitativo es por lo regular un buen indicio acerca del carácter estructural de una sentencia, pues enseña la extensión sobre la que obran los efectos de la intervención judicial, dicho parámetro dice poco sobre su profundidad. En este orden de ideas, solo la conjugación de estas dos proporciones — extensión y profundidad— ofrece, a la manera de un plano cartesiano, una medida correcta sobre el coeficiente estructural de una específica decisión judicial.

### ***(1.7.) Los distintos grados de intervención en las sentencias estructurales***

Concluida esta precisión en torno al primer parámetro, se examina ahora la forma como se muestra la gradualidad en el criterio que mide la complejidad de las órdenes judiciales. Antes de hacerlo conviene desarrollar con algún detenimiento el significado del adjetivo *complejo* cuando se utiliza para hacer referencia a una sentencia estructural<sup>43</sup>.

Al extender este calificativo a una decisión se anuncia la existencia de una serie de diferencias que la separan de los remedios judiciales ordinarios. Sin embargo, esta variedad puede ser resumida en una característica que engloba a las demás distinciones: el cumplimiento de las sentencias estructurales requiere la realización de *procesos institucionales* cuyo cumplimiento supone la aprobación sucesiva y ordenada de una serie de fases preestablecidas.

---

misma Corte Constitucional concedió el amparo solicitado y, con el objetivo de restablecer los derechos infringidos, ordenó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura elaborar una «política sectorial de accesibilidad y de adecuación de la infraestructura física de la Rama Judicial, que garantice el carácter programático de los derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a la información y atención públicas del accionante y de las personas de talla baja, en los diferentes escenarios de atención al público en la Rama Judicial». La Corte precisó que el diseño de dicha política debía ofrecer un espacio de intervención a las personas de talla baja y, hasta que no se ejecutaran las obras en la secretaría general, dispuso permitir un acceso privilegiado, no solo al demandante, sino a todas las personas de su condición que acudieran a la Corte. Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 15 de diciembre de 2008, referencia T-1258 de 2008.

<sup>43</sup> Según lo ha expuesto SUSAN STURM, una de las tareas fundamentales que deben acometer los jueces en los litigios estructurales consiste en determinar la forma en que el remedio judicial ha de ser ejecutado. De manera acertada, la autora afirma que la imposición de una orden no puede ser comprendida en estos casos como la fijación de un conjunto de reglas fijas. Por el contrario, dicho ejercicio ha de ser entendido como un proceso dinámico, en curso [*ongoing*] que, si bien es ordenado y dirigido por el juez, atiende las dinámicas de la burocracia que pretende reformar. En consecuencia, en el transcurso del proceso de implementación, los jueces se ven abocados a adoptar *decisiones estratégicas* de las que depende el éxito de la intervención. STURM, Op. Cit., p. 809.

En ese sentido, la diferencia primordial que separaría a las órdenes complejas de las regulares consistiría en que estas últimas suelen imponer la realización de un único acto —bien sea positivo o de omisión— cuya ejecución garantizaría, en principio, el pleno restablecimiento del derecho conculcado<sup>44</sup>. El mismo nombre que es utilizado para hacer alusión a los remedios complejos revelaría de entrada que la razón principal de la distinción trazada entre unos y otros radica en la dificultad de su implementación.

El proceso que se pone en marcha de tal manera reúne varias características que no se presentan en las órdenes regulares: por lo general, dicho proceso debe ser realizado con la participación de varios actores entre los que frecuentemente se encuentran los titulares del derecho; en la medida en que su ejecución no puede llevarse a cabo mediante un único acto, sino por la ilación ordenada de una serie de decisiones, requiere la realización de labores de planificación previa y de determinación de los objetivos de mediano y largo plazo; suele demandar la inversión de importantes recursos cuya aprobación no depende de una única autoridad; en atención a que su ejecución se planea con base en cronogramas que marcan la evolución prevista, es posible incorporar instrumentos que permitan medir dicho progreso, como también la introducción de mecanismos de enmienda o de corrección cuando no se cumplan los objetivos trazados.

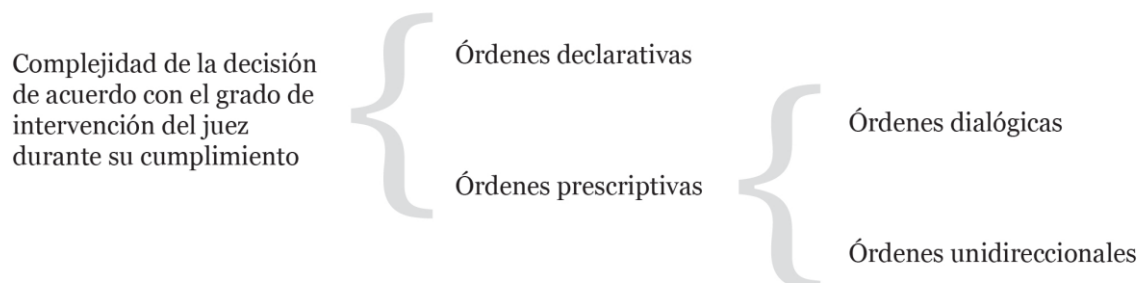
Concluida esta breve digresión sobre el significado general del criterio, es necesario señalar que no existe un único baremo para determinar la complejidad de las decisiones judiciales. Por consiguiente, se podrían postular varias clasificaciones dependiendo del parámetro finalmente elegido. En esta investigación se emplearán los dos siguientes criterios para llevar a cabo esta valoración: en primer lugar, se tendrá en cuenta el grado de intervención del juez durante el cumplimiento de la orden; en segundo término, se tomará en consideración el tipo de actuación impuesta por el juez y el tiempo que esta requiere.

De acuerdo con el primer criterio, el papel que desempeñe el juez durante el proceso de implementación del fallo —esto es, el nivel de protagonismo que asuma sobre las decisiones concretas mediante las que se cumple materialmente la orden— hace que este sea más o menos complejo. Siguiendo este esquema, tal como lo enseña el esquema que se presenta a continuación, las decisiones se clasifican en dos grupos: (i)

---

<sup>44</sup> CHAYES, ABRAM, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, en *Harvard Law Review*. vol. 89, no. 7, 1976, pp. 1281-1316.

órdenes declarativas y (ii) órdenes prescriptivas. A su turno, este último conjunto se subdivide en dos especies: (a) órdenes dialógicas y (b) órdenes unidireccionales.



### ***(1.8.) Las órdenes declarativas***

En las órdenes declarativas se observa el menor grado de intervención judicial en cuanto a la elección de los medios para dar cumplimiento al fallo. En estos casos el tribunal se limita a señalar el acaecimiento de una grave violación de uno o varios derechos fundamentales cuya reparación exige la adopción de medidas estructurales. Pese a lo anterior, no impone ninguna prescripción concreta orientada a remediar la situación, por lo que corresponde a las entidades responsables adoptar las medidas que consideren adecuadas para conseguir dicho fin.

En la medida en que en estas decisiones el juez restringe deliberadamente los efectos del fallo —pues en él solo se consigna la declaración aludida—, a las autoridades se les concede un amplio margen de maniobra para decidir la estrategia que habrá de ser utilizada para remediar la situación<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Un ilustrativo ejemplo de las órdenes declarativas se encuentra en la sentencia T-590 de 1998, aprobada por la Corte Constitucional colombiana. En esta decisión el Tribunal se pronunció sobre la alarmante situación de peligro en que se encontraban los defensores de derechos humanos debido a las amenazas provenientes de los actores del conflicto armado interno. La acción de tutela había sido interpuesta por un preso, sindicado por la supuesta comisión del delito de rebelión, quien en repetidas ocasiones había solicitado de manera infructuosa su traslado a un centro penitenciario en el que su vida e integridad no estuvieran en riesgo. Según fue acreditado en el proceso, antes de ser privado de la libertad el ciudadano desarrollaba labores de promoción y defensa de los derechos humanos, labor que lo llevó a denunciar varias violaciones de derechos humanos cometidas por grupos paramilitares. La sentencia de amparo fue proferida en un ambiente de crispación nacional debido a la cantidad de homicidios cometidos contra personas dedicadas a este oficio, realidad corroborada en el proceso por el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

Una elocuente muestra del alcance de las sentencias declarativas se encuentra en el caso *Unni Krishnan J.P. and Others vs. State of Andhra Pradesh*<sup>46</sup>. En dicha oportunidad la Corte Suprema de Justicia de la India debía resolver un litigio relacionado con el cobro de tarifas académicas por parte de instituciones educativas de carácter privado. En concreto, el problema jurídico planteado a la Corte consistía en determinar si, a la luz de lo dispuesto en la Constitución, estos planteles se encontraban autorizados a exigir dichos pagos o si, por el contrario, se debía permitir el acceso gratuito a la educación.

Vale la pena anotar que, al igual que ocurre en el caso español, la Constitución india traza una distinción entre los derechos fundamentales y los derechos económicos, sociales y culturales. Estos últimos han sido reunidos en el apartado IV del texto constitucional y reciben el nombre de *principios rectores de la política estatal*. En el caso específico de la educación, la versión original de la sección 45 de la Carta disponía que las autoridades tenían la obligación de ofrecer a los menores de catorce años educación gratuita y obligatoria, tarea que debía ser cumplida en un lapso de diez años.

---

La Corte manifestó que las organizaciones no gubernamentales que se dedican a la promoción y a la protección de los derechos humanos en el país «se han ganado el reconocimiento y el respeto de la comunidad internacional por su valor y tenacidad frente a las terribles y atroces violaciones de los derechos humanos ocurridas en el país. *Pero, internamente han pagado un alto costo de sus esfuerzos*». Luego de ofrecer una breve presentación de la grave situación de seguridad en la que se encuentran los defensores de derechos humanos, declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional con fundamento en «el número alarmante de activistas muertos» —juicio que fue justificado en los pronunciamientos emitidos por los relatores especiales de Naciones Unidas sobre torturas y ejecuciones extrajudiciales— y en el escasísimo nivel de efectividad que habían conseguido las políticas de seguridad en la materia.

No obstante, como lo muestra la parte resolutive de la sentencia que se transcribe a continuación, la Corte no dispuso ningún remedio específico para resolver esta situación. Por el contrario, se limitó a «hacer un llamado» a las autoridades y a la ciudadanía para que se adoptaran las medidas necesarias para garantizar el respeto a la vida y a la integridad de quienes cumplen esta labor: «En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional (...) resuelve (...) DECLARAR que hay un estado de cosas inconstitucional en la falta de protección a los defensores de derechos humanos y, en consecuencia, HACER UN LLAMADO A PREVENCIÓN a todas las autoridades de la República para que cese tal situación, y, solicitar al Procurador General de la Nación y al Defensor del Pueblo que dentro de la obligación constitucional de guardar, proteger y promover los derechos humanos se le dé un especial favorecimiento a la protección de la vida de los defensores de los derechos humanos. Y HACER UN LLAMADO a todas las personas que habitan en Colombia para que cumplan con el mandato del artículo 95 de la Constitución que los obliga a defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica (...) Comunicar esta sentencia a la Presidencia de la República, a la Alta Comisionada para la Defensa de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en Colombia, a la Procuraduría General de la Nación, a la Defensoría del Pueblo, al Ministerio del Interior». Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 20 de octubre de 1998, referencia T-590 de 1998.

<sup>46</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 4 de febrero de 1993, caso 1993 AIR 217, 1993 SCR (1) 594, 1993 SCC (1) 645, JT 1993 (1) 474, 1993 SCALE (1)290, asunto *Unni Krishnan J.P. and Others vs. State of Andhra Pradesh*.

Sin embargo, al cabo de cuatro décadas la Corte advirtió que no existían resultados en la materia.

Así pues, con el objetivo de corregir la inacción del Estado, la Corte introdujo una importante variación en la interpretación que hasta entonces venía ofreciendo al artículo que acaba de ser comentado. En concreto, manifestó que el acceso a la educación primaria no podía seguir siendo considerado como un mero principio orientador del proceder del Estado. En opinión de la Corte, el prolongado lapso durante el cual las autoridades demostraron un abierto desinterés en el cumplimiento de este objetivo habría convertido a la educación en un auténtico derecho fundamental<sup>47</sup>.

Con el propósito de justificar esta afirmación la Corte hizo énfasis en el descuido con el que habían obrado las entidades del Estado. Desde una perspectiva jurídica, señaló que la sección 45 de la Constitución no podía ser interpretada sin tener en cuenta lo dispuesto en la sección 21. Esta última norma reconoce el derecho fundamental a la vida en el ordenamiento interno e impone, de acuerdo con la hermenéutica realizada por la Corte, el deber de garantizar a los ciudadanos unas condiciones de subsistencia digna. Pues bien, luego de destacar la importancia que tiene el hecho de recibir una educación básica de calidad para que sea posible la realización —libre y decorosa— del proyecto de vida que elijan las personas, la Corte concluyó que «el derecho a la educación está implícito y se deriva del derecho a la vida garantizado por la sección 21»<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> Resulta oportuno hacer alusión a una interesante reflexión en torno al contenido —pretendidamente invariable— de los derechos fundamentales realizada por la Corte Suprema de la India. En opinión del Tribunal, «los derechos fundamentales no tienen en sí contenido permanente; la mayoría de ellos son recipientes vacíos que cada generación debe llenar de contenido a la luz de su experiencia. Podrían ser necesarios recortes, restricciones e incluso la derogación de estos derechos en circunstancias no contempladas por los redactores de la Constitución; es posible que su pretensión de supremacía o prioridad se deje de lado en épocas específicas de la historia de la nación por mor de las exigencias morales incorporadas en el apartado IV —en la cual se encuentran detallados los principios rectores de la política estatal—. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 24 de abril de 1973, caso 1973, 4 SCC 225, asunto *Kesavananda Bharati vs State Of Kerala and Others*.

<sup>48</sup> Con base en una argumentación análoga, la Corte ha modificado el estatus de varios derechos que anteriormente eran considerados principios rectores de la política estatal. Tal ha sido el caso de los derechos a la educación, a la alimentación y a la vivienda, los cuales han sido adscritos —como contenido implícito— a los derechos fundamentales a la igualdad (artículo 14) y a la vida (artículo 21). Al respecto, ver SHANKAR, SHYLASHRI Y MEHTA, PRATAP, «Courts and Socioeconomic Rights in India», en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL (edit.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 146-182; SHANKAR, SHYLASHRI, «The Embedded Negotiators: India's Higher Judiciary and Socioeconomic Rights», en BONILLA MALDONADO, DANIEL (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 95-128.

Al realizar este cambio jurisprudencial, la Corte confiaba en que habría de producirse un cambio significativo en la postura de las autoridades responsables de esta tarea. Sin embargo, la respuesta del Estado a dicha sentencia declarativa se hizo esperar nueve años más. Al cabo de dicho lapso fue aprobada una enmienda constitucional que incorporó el artículo 21-A, en el cual fue consagrado el derecho fundamental a la educación de los niños entre los seis y los catorce años.

Como lo demuestra el caso que acaba de ser referido, en contra de las sentencias declarativas bien se podría decir que su efectividad depende casi por completo de la voluntad del destinatario del mandato. Esto es así en la medida en que quien ha acudido a los estrados judiciales solicitando la protección de sus derechos no encuentra en la orden un marco de referencia que pueda ser utilizado para evaluar las actuaciones desarrolladas por las autoridades. Antes bien, el único patrón que podría ser usado de este modo es la declaración hecha por el juez sobre la urgencia de modificar las condiciones estructurales descubiertas en el proceso.

De conformidad con lo anterior, a primera vista, las órdenes declarativas no parecieran ser victorias contundentes a favor de los titulares del derecho lesionado. Esta conclusión emergería de la comparación entre los esfuerzos que deben emprender para impulsar el proceso judicial, por un lado, y la gran indeterminación de la orden con la cual concluye el litigio.

Sin embargo, desde esta perspectiva se corre el riesgo de comprender de manera equivocada el sentido que pretende transmitir el tribunal a la solución del proceso. Al respecto, si bien es cierto que, por lo general, de las sentencias judiciales se espera obtener una declaración sobre el derecho que habrá de prevalecer en una controversia y un remedio judicial que asegure su restablecimiento, es preciso tener en cuenta que no son estos los dos únicos elementos que toma en consideración el juez al proyectar una decisión.

Por el contrario, dependiendo de la complejidad del caso, un conjunto de factores de distinta índole acaban por introducirse en la ecuación que se plantea el juez como solución a las demandas de las partes. En la medida en que los casos sean más difíciles —lo que ocurre siempre que el ordenamiento jurídico no ofrezca una solución clara, unánime y coherente a la contienda que ha sido planteada al juez—, para dicho

operador será aún más ardua la tarea de discernir una orden que atienda los intereses en conflicto.

De ahí que al momento de esbozar el remedio judicial sea asaltado por un conjunto de interrogantes que ponen en cuestión cuál es verdaderamente la vía más adecuada para asegurar la protección efectiva de los derechos violados: teniendo en cuenta la preparación técnica y la calificación específica que previsiblemente requiere la superación de un bloqueo institucional, ¿es el juez el funcionario más idóneo para elegir las medidas concretas que habrán de conducir a ese resultado?; tomando en consideración que este tipo de empresas suele requerir del Estado la inversión de abundantes recursos del presupuesto nacional, ¿cuenta el juez con la legitimidad democrática suficiente para decidir el modo preciso en que aquellos han de ser destinados?; o también, ¿necesariamente todos los procesos judiciales han de terminar con una orden concluyente y omnicomprensiva en la que queden incorporados todos los arreglos que han de producir la solución definitiva de un asunto?

Vistas así las cosas, se concluye que las órdenes declarativas no deben ser consideradas —o por lo menos no *a priori*— como una solución imperfecta a los litigios estructurales. De hecho, en una sociedad bien ordenada cuyo funcionamiento de las instituciones fuese adecuado, este tipo de llamamientos deberían ser suficientes para que dichas instituciones adelantaran las reformas necesarias e incorporaran las correcciones pertinentes con el propósito de asegurar un estricto cumplimiento a la decisión judicial.

Se alude a lo anterior cuando se advierte sobre el peligro de malinterpretar el *sentido* que los tribunales desean comunicar a la solución del proceso: quien adopta una decisión en esta dirección no elude, por este solo hecho, la obligación de idear un remedio expedito y eficiente que ponga fin a la violación del derecho. Antes bien, una actuación como la propuesta satisface como ninguna otra, al menos desde un planteamiento puramente teórico, las exigencias democráticas que podrían plantearse a este tipo de decisiones.

Así pues, la decisión de confiar el arreglo de una violación generalizada de derechos a las autoridades que tienen la competencia natural para resolver estos asuntos parece ceñirse de la mejor manera posible al principio de la división de los poderes públicos. Esto es así en la medida en que, por intermedio de este tipo de resoluciones, se



concilian dos objetivos que en principio estarían en pugna: en primer lugar, se previenen los efectos nocivos de una intensa intromisión de los jueces en asuntos que no son de su competencia, al mismo tiempo que, en segundo término, se identifica a la autoridad responsable de la infracción a la que corresponde ocuparse de las causas estructurales que la han generado<sup>49</sup>.

Ahora bien, según se ha señalado antes, el juez que se encuentra llamado a decidir el remedio judicial de un litigio de esta naturaleza debe tener en cuenta que a la conveniencia teórica de estas órdenes se contrapone la dificultad empírica de su implementación.

### ***(1.8.1.) El riesgo del incumplimiento en el caso de las órdenes declarativas***

De optar por este arreglo, al operador jurídico le convendría recordar que sobre las órdenes declarativas se cierne habitualmente la amenaza de su eventual incumplimiento. Debido al amplio margen de maniobra que otorgan, es posible que cualquier acción emprendida por sus destinatarios sea presentada como parte de una estrategia de cumplimiento del fallo, aun cuando tales medidas acaben relacionándose con este último solo de manera remota. Al advertir que la sentencia no establece una obligación diferente a la de aplicar los esfuerzos institucionales que sean necesarios para deshacer la falla estructural, la entidad podría valerse de la vaguedad de dicha orden para continuar con normalidad su proceder cotidiano. De tal suerte, al verse requerida a entregar información sobre el cumplimiento del fallo, podría aprovechar las actuaciones que guardan alguna relación con el fin señalado en la sentencia judicial — así esta sea meramente tangencial— para encubrir de este modo el desacato de la decisión.

---

<sup>49</sup> De acuerdo con la tipología propuesta por ROSALIND DIXON, las órdenes declarativas encajarían en el modelo de *constitucionalismo cooperativo de tipo conversacional*. Aquí se incluirían aquellas intervenciones judiciales que buscan alcanzar un punto de equilibrio entre la protección de los derechos y el debido respeto a la deliberación democrática mediante una importante restricción de las facultades del juez. Así pues, a este último únicamente le correspondería nutrir y facilitar el diálogo que se produce en el marco del proceso judicial entre las distintas partes involucradas y quienes tienen un interés directo en dicho proceso. De este modo, se espera que el intercambio de argumentos y opiniones permita la consecución de un acuerdo sobre la manera como ha de resolverse la controversia. En consecuencia, el juez cumpliría un papel relativamente secundario, en la medida en que no se encuentra llamado a finiquitar el enfrentamiento con una sentencia en la que se imponga su criterio sobre aquel que se hayan formado las partes durante el trámite procesal. No obstante, esta conclusión debe ser matizada, pues la labor que realiza como intermediario entre las partes es esencial para el éxito de este modelo. Al respecto ver, DIXON, ROSALIND, «Creating dialogue about socio-economic rights: strong vs. Weak-form judicial review revisited», en *International Journal of Constitutional Law*, julio, 2007, vol. 5, pp. 391-418.

De otro lado, también puede ocurrir que, pese a la intención general de dar cumplimiento a la orden dictada, las medidas no sean implementadas con la diligencia que exige la gravedad de la situación. El problema que aquí se enfrenta es sustancialmente diferente al que acaba de ser expuesto, pues no consiste en descubrir la mendacidad del obligado por la sentencia, sino que por el contrario, se trata de remediar la falta de instrumentos que permitan acelerar, o sencillamente mejorar, las medidas a través de las que aquél pretende ejecutar el fallo.

A estos dos riesgos hipotéticos hay que añadir una dificultad que, al margen del éxito que se consiga durante la ejecución de una sentencia, acompaña siempre a las órdenes declarativas: dado que la decisión no establece resultados concretos que deban ser alcanzados dentro de un lapso determinado, los titulares del derecho y las autoridades encargadas del seguimiento de la decisión deben sortear enormes dificultades para llevar a cabo la evaluación del grado de cumplimiento de la orden.

Así pues, en la medida en que el principal riesgo que enfrentan las sentencias declarativas consiste en su eventual incumplimiento, resulta oportuno volver sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia. En el fallo *Acevedo Jaramillo* se advirtió que, de acuerdo con las obligaciones consignadas en la Convención Americana, no basta con la creación de recursos judiciales que permitan la reclamación ante eventuales violaciones de derechos. Es preciso que los Estados garanticen el acatamiento efectivo de las decisiones judiciales correspondientes. Sobre el particular, manifestó lo siguiente:

Los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos y obligaciones de éstas. Sin embargo, *la responsabilidad estatal no termina cuando las autoridades competentes emiten la decisión o sentencia. Se requiere, además, que el Estado garantice los medios para ejecutar dichas decisiones definitivas (...) la efectividad de las sentencias depende de su ejecución.* El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento (...) *El derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico interno del Estado Parte*

*permite que una decisión judicial final y obligatoria permanezca ineficaz, en detrimento de una de las partes*<sup>50</sup> (énfasis fuera de texto).

En este orden de ideas, los Estados se encuentran obligados a asegurar un estricto y puntual cumplimiento a las decisiones judiciales que disponen la protección de los derechos. En el caso específico de las órdenes declarativas este deber se convierte en un auténtico reto, pues, en rigor, este tipo de decisiones no contienen remedios precisos que deban ser ejecutados dentro de términos concretos. De ahí que en ningún otro caso sea mayor el peligro de sufrir un desacato que mantenga intactas las causas que han producido la violación del derecho.

En consecuencia, si el juez estima conveniente emitir una decisión de esta naturaleza con el propósito de resolver un litigio estructural, es menester que adopte medidas orientadas a conjurar un eventual desconocimiento del mandato general de restablecer el derecho violado. Para este fin, los jueces cuentan por lo regular con un abanico relativamente amplio de actuaciones posibles, entre las que destaca la posibilidad de conservar la jurisdicción para la verificación periódica de las acciones emprendidas por los responsables. Igualmente, pueden hacer uso de las medidas disciplinarias que sean requeridas para sancionar el desacato. Cuentan, a su vez, con la opción de conformar equipos de verificación que integren a peritos expertos para que realicen la evaluación de asuntos técnicos. Y, finalmente, pueden solicitar apoyo a otras entidades del Estado a las que, como ocurre en el caso del *ombudsman*, también les ha sido encomendada la protección de los derechos de los ciudadanos.

---

<sup>50</sup> SCIDH del 7 de febrero de 2006, Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 144. Sobre este tema también se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con el objetivo de destacar que la obligación de brindar un recurso judicial efectivo se extiende, de igual manera, al caso de los derechos sociales. Al respecto, la Comisión manifestó que «la CADH (Convención Americana de Derechos Humanos) postula la responsabilidad del Estado de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales (...) Ahora bien, esta obligación no culmina con la gestación de un recurso efectivo que redunde en el desarrollo de un proceso con las debidas garantías, sino que incluye el deber de diseñar e implementar mecanismos que garanticen la efectiva ejecución de las sentencias que dicta el Poder Judicial de cada Estado (...) Si las sentencias se tornan inoperantes por falta de un diseño adecuado de los procedimientos judiciales, se constituye un típico caso de carencia de recurso judicial adecuado y efectivo para la tutela de un derecho. Así, un recurso puede resultar inefectivo para tutelar un derecho social cuando no se prevé un mecanismo de ejecución de sentencias idóneo para superar los problemas típicos que suelen verificarse en esta instancia procesal con las sentencias que imponen al Estado obligaciones de hacer». COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129. DOC. 4, 7 de septiembre de 2007. Recuperado el día 20 de junio de 2015. Texto disponible para consulta en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>.

En fin, el juez es el llamado a hacer uso de su ingenio con el fin de anticipar las dificultades que pueda enfrentar el proceso de implementación del fallo. A su vez, habrá de valerse de aquello que ha sido dado a conocer en la doctrina como la *imaginación constitucional*<sup>51</sup>. Su uso le permitirá tomar prudente distancia de las soluciones tradicionales que, en tanto no han sido concebidas para la decisión de casos equiparables, le aportan pocos elementos de juicio para el arreglo de la controversia. De tal suerte, podrá idear estrategias de acción que, a un mismo tiempo, eviten una excesiva intervención judicial y garanticen la efectiva superación del bloqueo institucional.

En suma, en atención a que las posibilidades de un eventual incumplimiento de un fallo judicial se incrementan considerablemente en el caso de las decisiones declarativas, el juez que se incline por su adopción ha de añadir a tales declaraciones medidas subsidiarias que puedan remediar su eventual desacato<sup>52</sup>. Más exactamente, debe asegurarse de conservar para sí, y en todo momento, la dirección y la conducción del proceso. De este modo, si fracasa la maniobra de devolver el asunto a los órganos competentes podrá corregir el rumbo para asegurar la ejecución de las medidas necesarias para la protección de los derechos.

### ***(1.9.) Las órdenes prescriptivas***

El siguiente tema está enfocado en el examen del segundo conjunto de órdenes mediante las que se pretende finiquitar un litigio estructural: las sentencias prescriptivas. A diferencia de las decisiones previas, en este caso el tribunal establece en la sentencia el conjunto de remedios que, según se espera, habrán de deshacer el bloqueo institucional.

En consecuencia, pese a los matices que justifican el trazado de una subdivisión en su contenido, la característica general de estas órdenes consiste en que en ellas el juez consigna la estrategia que, en su criterio, ha de conducir al pleno restablecimiento del derecho lesionado. De tal forma, el plan de acción que han de seguir las partes refleja, de modo más o menos preciso según se trate de una orden dialógica o

---

<sup>51</sup> Al respecto, ver RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., pp. 33; MARTÍNEZ, JESÚS, «La imaginación constitucional», en PECES-BARBA, GREGORIO Y RAMIRO, MIGUEL (coord.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 155-180.

<sup>52</sup> Sobre las dificultades que plantean las órdenes declarativas, ver DIXON, Op. Cit.

unidireccional, la voluntad del tribunal sobre cuál es el camino por el que se ha de avanzar para conseguir el propósito perseguido. De ahí que estas decisiones reciban el nombre de *órdenes prescriptivas*, pues dicha denominación anuncia de entrada que aquellas contienen mandatos que han de ser acatados de manera forzosa por sus destinatarios. En estos términos, el juez desempeña en estos casos un papel protagónico en la resolución del problema estructural, ya que en últimas, es él quien establece efectivamente los resultados que deben ser alcanzados y, a su vez, los medios que han de ser empleados para tal fin.

Según se puede ver, este tipo de decisiones se ciñen —con importantes salvedades en el caso específico de las órdenes dialógicas— al papel tradicional que corresponde a los tribunales dentro del modelo clásico de distribución de los poderes públicos. Esto quiere decir que en ellas la administración de justicia es, en un sentido estricto, impartida por el juez; por consiguiente, no solo cumple la labor de un interlocutor, tal como lo pretende el modelo conversacional al que se hizo alusión anteriormente. En ese sentido, el operador jurídico ejerce la dirección del proceso judicial, lo que le permite hacer frente a las vicisitudes que se presentan durante la ejecución del fallo y determina de qué manera habrá de ser garantizado el amparo efectivo de los derechos lesionados.

Como ha sido indicado, las órdenes prescriptivas no son uniformes. El rasgo que comparten no se presenta en todos los casos con la misma intensidad, por lo que se hace necesario tomar en consideración aquellas diferencias que impiden incluir sin más todas estas decisiones en un mismo conjunto. De este modo, la subdivisión que se propone entre *órdenes dialógicas* y *órdenes unidireccionales* pretende, precisamente, enseñar, de un lado, las características que se repiten en uno y otro caso, y, al mismo tiempo, presentar las singularidades que hacen necesaria la distinción.

Para empezar, las órdenes unidireccionales son aquellas que acusan el mayor grado de injerencia por parte del tribunal en cuanto a la definición de las actuaciones que deben ser puestas en práctica por los responsables. Así pues, en estas sentencias aquel suele precisar de forma detallada las actuaciones que han de adelantar las autoridades y las demás entidades que sean llamadas a participar en el resarcimiento del derecho. Dicha relación es llevada a cabo de manera *definitiva*, anulando de plano la posibilidad de introducir rectificaciones posteriores, y sin dar lugar a ningún tipo de intercambio con las partes que participan en el proceso.

Así pues, aquellos cabos sueltos cuyo remate había sido encomendado a las autoridades en el caso de las decisiones declarativas no se presentan en las órdenes unidireccionales. Esto es así en la medida en que la totalidad de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la sentencia son definidos por el juez en el mismo pronunciamiento judicial con el que se concluye el proceso. De ahí que estas decisiones reciban el nombre de *órdenes unidireccionales*, porque de esta forma se expresa fielmente el sentido en que discurre el poder de decisión en estos casos: únicamente el tribunal es el encargado de adoptar las determinaciones sobre el comportamiento que han de seguir las partes para dar cumplimiento al fallo.

En este orden de ideas, como ocurre por lo regular en los procesos de la justicia ordinaria, el intercambio de razones y argumentos que sucede entre el juez y las partes antes de la aprobación de la sentencia persigue un fin distinto al de permitir a estas últimas alguna forma de participación directa en la solución del litigio. Aquella suerte de diálogo que se da a lo largo del proceso judicial busca empapar al juez de toda la información fáctica y jurídica que pueda requerir para que, una vez concluido el intercambio de pruebas y razones, él mismo determine cuál es la solución más acertada. En ese sentido, la actividad desplegada por las partes tendría aquí una vocación meramente ilustrativa y persuasiva.

Lo anterior contrasta con la función señaladamente *orientadora* que cumple la intervención de las partes —y, más concretamente, de las autoridades— en el caso de las órdenes declarativas. Según acaba de plantearse, debido a la completa apertura del mandato extendido a los responsables, la totalidad de los elementos que han de estructurar su cumplimiento depende de la voluntad de aquellos que han sido llamados a remediar las causas del bloqueo institucional.

En el segundo conjunto, por otra parte, se encuentran las *órdenes dialógicas*. Si bien se ha ubicado este grupo en la categoría de las órdenes prescriptivas —pues es cierto que comparten los rasgos generales que definen a este último—, convendría advertir que, en rigor, estas decisiones se encuentran en un punto intermedio entre las sentencias declarativas y las prescriptivas<sup>53</sup>. Su carácter híbrido consiste en que buscan

---

<sup>53</sup> De acuerdo con TUSHNET, las órdenes dialógicas se incluirían en la vertiente del constitucionalismo que él ha llamado *forma débil del judicial review*. En este conjunto se encontrarían las alternativas que han sido propuestas por los tribunales con el propósito de conjurar, de manera anticipada, las objeciones democráticas que se formulan en contra de la protección judicial de los derechos.

aprovechar las ventajas que ofrece el intercambio entre las partes que participan en el litigio —característica que resaltaría su proximidad con las decisiones declarativas—, al mismo tiempo que pretenden asegurar que el tribunal ejerza en todo momento el mando y la dirección del proceso.

Las órdenes dialógicas imponen a los responsables la realización de logros generales que deben ser conseguidos dentro de términos concretos. Dichos resultados suelen ser significativamente amplios —de hecho, el ejemplo más ilustrador de estas decisiones se encuentra en aquellas sentencias en las que se ordena el diseño y la implementación de una política pública con el fin de asegurar la protección estructural de un derecho<sup>54</sup>— lo que, en principio, ofrece a sus destinatarios un holgado margen de discrecionalidad para decidir los medios y las estrategias que habrán de ser empleados.

En la sentencia se precisa, no obstante, que tales decisiones deben ser acogidas después de agotar una etapa de *diálogo* que enriquezca el contenido de las medidas que apuntan al cumplimiento de la orden. Así pues, en dicho intercambio se encuentran llamados a participar quienes estén en condiciones de proporcionar elementos de juicio que mejoren la calidad y la eficiencia de las propuestas formuladas.

Con el propósito de conseguir dicho fin se dispone la participación de los afectados, los órganos de control y, en caso de ser necesario, se ordena la intervención de peritos expertos que emitan informes técnicos cuando esto último sea requerido. En ocasiones la amplitud de dichas convocatorias es tal que, además de incluir un llamado a las personas naturales o jurídicas interesadas —como ocurre en el caso de las ONG, las universidades y los centros de pensamiento—, puede contener una invitación abierta a la ciudadanía que desee participar en el proceso.

Según se puede ver, este modelo dialógico de composición de los litigios estructurales funda su propuesta en una firme confianza en el poder de la deliberación. Se espera que el diálogo entre las partes afectadas y quienes cuentan con la posibilidad de ofrecer elementos que enriquezcan dicho intercambio produzca soluciones cuya

---

TUSHNET, MARK, «New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy- Based Worries», en *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 813-838.

<sup>54</sup> SIERRA, GRENFIETH, *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009; GÓMEZ, LUIS, *El juez de las políticas públicas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

eficiencia y adecuación sea superior en comparación de aquellas que podría proponer un individuo o un cuerpo colegiado que no haya contado con dicha asistencia.

En suma, en este caso se exige que la aprobación de las medidas específicas destinadas a la consecución de los logros generales consignados en la sentencia se encuentre precedida por la superación de este *filtro dialógico*.

A lo anterior habría que añadir que las órdenes dialógicas suelen incorporar remedios subsidiarios que procuran resolver los previsibles inconvenientes que pueden surgir durante el proceso. En consecuencia, con el propósito de prevenir los obstáculos propios de las órdenes declarativas, en estas decisiones se conjura la pasividad o la inercia de las partes otorgando al juez las facultades que sean necesarias para reorientar el proceso hacia la efectiva protección de los derechos conculcados<sup>55</sup>.

Es por esto que las órdenes dialógicas se insertan en el conjunto de las decisiones prescriptivas pues, de un lado, contienen mandatos que, pese a su generalidad, señalan la dirección hacia donde debe dirigirse el esfuerzo institucional de los responsables. A lo anterior se suma la incorporación que hacen de los mecanismos a los que se acaba de hacer alusión. Gracias a ellos el juez se encuentra en condiciones de reconducir el obrar de los destinatarios de la orden, de manera que aquel se enfoque efectivamente en la superación del bloqueo institucional.

Una vez concluida esta presentación somera de los dos conjuntos que se agrupan en la categoría de las órdenes prescriptivas; enseguida se hace una revisión más detallada de cada una de estas decisiones.

### ***(1.9.1) La ruta del experimentalismo: las sentencias dialógicas***

El surgimiento de las decisiones que se agrupan bajo el nombre de órdenes dialógicas se debe, esencialmente, a la necesidad de dar respuesta a dos objeciones que con frecuencia se oponen a las sentencias estructurales. Se trata, en primer lugar, de los

---

<sup>55</sup> Por tal razón, TUSHNET sostiene que los remedios judiciales que se agrupan bajo la forma *débil del judicial review* presentan como defecto una notable inestabilidad. Dicha deficiencia consistiría en que, a fin de cuentas, este tipo de remedios intermedios terminan inclinándose hacia alguna de las tendencias que, precisamente, pretendían evitar. En ese sentido, el autor sostiene que en estos casos la actuación judicial acaba por ser absorbida, bien por el modelo fuerte del *judicial review* —esto es, retomando el camino tradicional en el que las decisiones son impuestas y controladas por el juez—, o bien por el *modelo Westminster del constitucionalismo*, según el cual no es posible someter a control judicial las decisiones del parlamento. TUSHNET, Op. Cit.



reparos que acusan a estas intervenciones de carecer de legitimidad democrática y, en segundo lugar, de adolecer de una visible falta de idoneidad técnica, causada por la formación profesional de los jueces.

En ese sentido, la creación de las órdenes dialógicas pretende erigirse como réplica a estas acusaciones y, a su vez, como modelo innovador de arreglo de controversias judiciales. La novedad que han acercado estos remedios al derecho se encuentra en su propuesta de permitir que sean las partes interesadas las que, bajo la dirección y la supervisión de la autoridad judicial, acuerden y pongan en ejecución las medidas que han de solventar la violación de los derechos.

En el trabajo *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds* los profesores SABEL Y SIMON propusieron la siguiente definición de estas actuaciones judiciales:

[Se trata de decisiones en las que el tribunal] combina órdenes más flexibles y provisionales con procedimientos de participación de los interesados y con una rendición de cuentas moderada. En los casos más emblemáticos, las órdenes impuestas son estándares generales que expresan los objetivos [*goals*] que se espera que consigan las partes –lo que quiere decir que son resultados [*outputs*] en vez de insumos [*inputs*]. Usualmente, estas órdenes conceden a las partes un importante margen de discreción para decidir cómo conseguir estos objetivos. Al mismo tiempo, especifica tanto los estándares como los procedimientos para la medición del desempeño de la institución. Dicho comportamiento es evaluado en relación con los compromisos iniciales de las partes y en relación con el desempeño de instituciones comparables<sup>56</sup>.

Este apartado justifica la razón por la cual anteriormente se afirmó que las órdenes dialógicas se encuentran en un punto intermedio entre las sentencias declarativas y las unidireccionales. Esto se debe a que comparten con cada una de ellas atributos que, una vez han sido mezclados por el juez, otorgan a estas sentencias su particular identidad.

En el caso de las órdenes declarativas, el primer rasgo común que sobresale es el margen de configuración que conceden a las partes para cumplir el objetivo fijado por el tribunal. Según se explicó en la sección dedicada a la presentación de aquellas decisiones, introduciendo este arreglo en sus sentencias los jueces hacen frente a los dos

---

<sup>56</sup> SABEL Y SIMON, Op. Cit., p. 1019.

reproches a los que se ha hecho alusión. En primer lugar, controvierten la acusación basada en el supuesto déficit de legitimidad democrática absteniéndose de usurpar el ejercicio de competencias ajenas. En segundo término, desdican el señalamiento relativo a la alegada falta de preparación técnica de los jueces limitando el alcance de la sentencia, de modo que en ella únicamente quedan señaladas las metas por cumplir.

Lo anterior asegura a los destinatarios de la orden una suerte de libertad restringida, en la medida en que, dentro del campo de sus competencias, pueden elegir los medios que estimen más adecuados para garantizar la realización del cometido señalado por el tribunal. De tal forma se asegura que la intervención de la autoridad judicial se circunscriba a la determinación de los fines que han de ser alcanzados, lo que de ninguna manera supone una injerencia desproporcionada, dado que la adopción de las decisiones de carácter técnico queda reservada a los órganos o funcionarios que cuentan con la calificación requerida.

Ahora bien, en cuanto a la afinidad que muestran las órdenes dialógicas con las unidireccionales, es necesario señalar que ambas comparten la disposición de instrumentos que permiten evaluar el desempeño de los responsables. De este modo se pretende evitar que las sentencias zozobren ante la amenaza del incumplimiento.

Dentro del abanico de opciones que se abre ante el tribunal se encuentran diversas alternativas que conducen al fin indicado. En ese sentido, puede elegir, entre otras opciones, la conformación de comités especializados en el tema correspondiente para que califiquen el proceder de los responsables; la imposición de la obligación de remitir informes periódicos; la celebración de audiencias públicas en las que se someta a discusión el cumplimiento de los objetivos trazados; la realización de visitas a los lugares que deban ser inspeccionados. En una palabra, el tribunal se encuentra llamado a echar mano de los recursos que considere más adecuados para llevar a cabo la aludida verificación. En caso de no encontrarlos, deberá idear mecanismos novedosos que se ciñan a las circunstancias del caso concreto.

Una vez expuestos los rasgos generales que caracterizan a estas decisiones, conviene referir algunos ejemplos jurisprudenciales que ilustren su funcionamiento en la práctica. Según se ha señalado, una de las características más notables de las decisiones dialógicas consiste en la predilección que en ellas se muestra por las órdenes que demandan la consecución de objetivos generales, en vez de aquellas que imponen

un determinado criterio sobre los remedios específicos que deben ser empleados para tal fin. Para ilustrar esta propiedad conviene hacer alusión al caso *Vaughn G. vs. Mayor and City Council of Baltimore*, decidido por la Corte del distrito de Maryland de los Estados Unidos<sup>57</sup>.

En el año de 1984 la plataforma *Maryland Disability Law Center* interpuso una acción judicial en contra de las autoridades educativas de la ciudad de Baltimore, Maryland. Se trataba de una *class action* mediante la cual se denunció el incumplimiento de la legislación federal y estatal que exigía a las autoridades escolares prevenir la discriminación contra los niños discapacitados<sup>58</sup>. El proceso judicial concluyó con la aprobación de una orden unidireccional en la que quedaron escritos los deberes específicos que cada uno de los destinatarios de la sentencia debía atender. Sin embargo, la considerable complejidad de la orden, sumada a la imposibilidad de adecuar las obligaciones a las circunstancias no previstas en el fallo y a las posibilidades reales de acción de los responsables, trajeron como resultado su incumplimiento general.

En consecuencia, en el año 2000 las partes convinieron, bajo la autorización del juez, suscribir un acuerdo de conciliación [*a settlement agreement*] mediante el cual modificaron drásticamente los compromisos que debían ser cumplidos por los destinatarios de la orden. De este modo, acordaron pasar del modelo unidireccional representado por el Plan de cumplimiento de largo alcance [*Long Range Compliance Plan*] que había sido originalmente aprobado, para, en su lugar, optar por un planteamiento alternativo que es, precisamente, el que se ajusta al enfoque dialógico.

---

<sup>57</sup> Sentencia aprobada por la U. S. District Court, District of Maryland (Baltimore), *Vaughn G., et al vs. Mayor and City Council of Baltimore, et al.*

<sup>58</sup> En la demanda se acusaba a las autoridades educativas de infringir varias de las obligaciones establecidas en la *Individuals with Disabilities Education Act*. Mediante dicha ley, la cual ha sido modificada a profundidad por la *Individuals with Disabilities Education Improvement Act* aprobada en el año 2004, se pretende la consecución de los siguientes fines: asegurar una intervención temprana que permita explotar al máximo las capacidades de los niños; ofrecer el servicio de educación especial en aquellos casos en que ésta sea necesaria —es decir, cuando no sea posible la integración del menor a un entorno escolar ordinario—; y, finalmente, asegurar los servicios conexos que sean requeridos. En opinión de los demandantes, las autoridades educativas de la ciudad de Baltimore habían incumplido las obligaciones específicas de diseñar planes educativos individuales para cada estudiante con necesidades académicas especiales y de realizar evaluaciones que permitieran llevar a cabo el seguimiento del progreso escolar. Sobre el desarrollo del litigio estructural en el caso específico del sistema educativo estadounidense, ver REBELL, MICHAEL, *Courts and Kids: Pursuing Educational Equity Through the State Courts*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

El convenio aprobado por el juez —redactado en un documento de solo seis páginas— contiene dieciséis resultados [*outcomes*] cuya realización debía ser cumplida por los responsables. A su vez, en dicho acuerdo quedaron descritos los procedimientos que habrían de ser empleados para verificar los adelantos correspondientes. Llama la atención la apertura de algunos de estos compromisos, ya que, pese a la claridad del resultado exigido, permitían a los obligados elegir cualquier estrategia que considerasen idónea, siempre que sirviera a la efectiva consecución de la meta planteada.

A manera de ejemplo, los demandados se comprometieron a incrementar la tasa de estudiantes discapacitados que finalizaran sus estudios, la cual ascendía a un 50% para la época del acuerdo, de modo que en un lapso de tres años dicho porcentaje se elevara hasta un 57%. A su vez, se obligaron a aumentar la participación de estos estudiantes en los programas vocacionales, de manera que ésta llegara a ser igual a la participación de los estudiantes regulares. Para terminar, se hicieron responsables de la provisión de los servicios especiales que fuesen requeridos en las escuelas para que, como mínimo, el 80% de los niños discapacitados pudiesen acudir a las escuelas de educación ordinaria.

Esta experiencia judicial es importante en la medida en que enseña la manera como las órdenes dialógicas son una alternativa, ciertamente diferente a la propuesta por el modelo unidireccional, para la solución de los litigios estructurales. De manera concreta, el caso *Vaughn G. vs. Mayor and City Council of Baltimore* muestra que la exigencia de resultados concretos y verificables no riñe con la concesión de amplios márgenes de maniobra a favor de los destinatarios de dichas órdenes.

Aunado a lo anterior, el caso resulta igualmente llamativo por cuanto deja ver que no en todos los casos ha de ser el juez quien decida el proceder al que deben ceñirse los responsables para lograr el restablecimiento de los derechos violados. En esta oportunidad, tomando como referencia las experiencias exitosas del sistema educativo de otras ciudades del mismo estado, fueron las partes las que convinieron los derroteros a los que debía orientarse el obrar de las autoridades educativas. Así, el diálogo y la deliberación permitieron a las partes concertar un conjunto de objetivos que, por un lado, eran realizables para las autoridades dentro de los términos previstos y, a su turno, satisfacían las expectativas de la comunidad organizada en torno a los intereses de los niños discapacitados.

Una vez fueron acordados los propósitos generales y las autoridades dieron comienzo a las acciones correspondientes, fue posible modificar el curso del proceso de implementación del fallo. Hasta ese momento, pese a las continuas sanciones impuestas por la Corte, no se habían obtenido mejoras sustanciales en la calidad de la educación especial ofrecida en la ciudad. Luego de la suscripción de un último acuerdo de conciliación en el mes de marzo de 2010, la Corte declaró la terminación del proceso en el mes de septiembre del año 2012. Según fue manifestado en dicha oportunidad, los demandados lograron acreditar entonces el cumplimiento de cada uno de los dieciséis objetivos acordados. Con base en lo anterior, la Corte declaró el pleno cumplimiento de las obligaciones de las autoridades y clausuró de manera definitiva todas las actuaciones relacionadas con esta controversia<sup>59</sup>.

A continuación, se prosigue con la presentación de otra sentencia dialógica: el caso de *Los vecinos de Villa la Dulce*<sup>60</sup>. Este proceso judicial, sustanciado y resuelto en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, fue iniciado con el objetivo de obtener la protección judicial del derecho a la vivienda de un grupo conformado por 180 familias que habían perdido sus hogares. Los orígenes de la controversia se remontan al año 2000, cuando este grupo de personas irrumpió en un predio privado, que para la época llevaba varios años deshabitado, para convertirlo en su lugar de residencia. Poco tiempo después, las familias fueron desalojadas como resultado de un proceso penal iniciado en su contra por el delito de usurpación, por ello se vieron obligadas a abandonar definitivamente el inmueble ocupado.

Como consecuencia de esta decisión judicial, los miembros de 86 familias se convirtieron en habitantes de la calle, pues, debido a la precaria situación económica que enfrentaban, no disponían de los recursos necesarios para costear una vivienda. A este hecho hay que añadir que, a pesar de la vulnerabilidad social del grupo y de encontrar en él a sujetos que reclamaban especial atención —como ocurría en el caso de

---

<sup>59</sup> Un completo análisis de este proceso judicial se encuentra en REBELL, Op. Cit.

<sup>60</sup> Agüero, Aurelio Eduvigio y otros vs. GCBA sobre amparo, (artículo 14, CCABA), expediente 4.37/0 ante el Juzgado n.º 4, Secretaría n.º 9. Para el análisis detallado de este proceso se recomienda la lectura de KLETZEL, GABRIELA Y ROYO, LAURA, «Una experiencia de exigibilidad jurídica y política del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de Villa la Dulce», Buenos Aires, CELS, junio de 2008. Recuperado el día 18 de febrero de 2014. Texto disponible para consulta en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion\\_ladulce.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf); FAISTEIN, CAROLINA, KLETZEL, GABRIELA Y GARCÍA, PAOLA, «En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 27-83.

los niños y de los adultos mayores—, la Administración local se abstuvo de desarrollar algún tipo de actuación que mitigara el rigor de la medida.

Lo anterior causó una fuerte movilización social de protesta, circunstancia que obligó a la Administración a firmar en el mes de noviembre de 2001 un acuerdo encaminado a resolver la difícil situación social en la que se encontraban las familias desalojadas. Dicho pacto fue suscrito por las autoridades y los vecinos de Villa la Dulce, quienes contaron con el apoyo jurídico de organizaciones sociales que acompañaron sus reclamaciones.

El incumplimiento del acuerdo por parte del Gobierno local fue el hecho que desencadenó el inicio del proceso judicial. Alegando el desconocimiento de la Constitución nacional argentina y de los tratados internacionales suscritos por el Estado<sup>61</sup>, los vecinos interpusieron un recurso de amparo colectivo para obtener la protección de su derecho a una vivienda adecuada.

El curso que seguiría este proceso enseña las razones por las cuales los arreglos dialógicos pueden ser una útil herramienta para la solución de este tipo de controversias. Una vez fue concedida una medida cautelar solicitada por los representantes de los vecinos de Villa la Dulce, encaminada a conseguir el embargo de una partida presupuestal que garantizara la disponibilidad de los recursos requeridos para cumplir el acuerdo de 2001 y para brindar una solución transitoria al problema de vivienda, se inició un proceso de intercambio entre las partes del que afloró el acuerdo que solventó finalmente la controversia.

Durante el proceso se instaló una mesa de discusión permanente que reunía a sus miembros cada quince días con el fin de concertar una solución definitiva. En ella

---

<sup>61</sup> Según ha sido indicado por la doctrina local, el derecho a la vivienda se encuentra consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución argentina, según el cual el Estado tiene la obligación de otorgar, de forma integral e irrenunciable, los subsidios de la seguridad social. El artículo en cuestión ubica al acceso a la vivienda dentro del listado de propósitos a los que debe destinarse dicho subsidio. En cuanto a los instrumentos internacionales aprobados por el país austral, el artículo 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que la vivienda adecuada es uno de los elementos que se encuentran comprendidos dentro del derecho humano a un «nivel adecuado de vida para sí y su familia». Sobre el alcance del derecho a una vivienda adecuada, ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general número 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, adoptada el 12 de diciembre de 1991. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <http://www2.ohchr.org/english/>. Igualmente, para la consulta del desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho a la vivienda en Argentina, se recomienda, DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, «El derecho a la vivienda en Argentina», en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE Y RIVERA HERNÁNDEZ, Juan (coord.), *Derecho urbanístico*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 223-259.

participaban las partes enfrentadas, la Defensoría del Pueblo, las organizaciones que asesoraban a los demandantes y otras entidades estatales competentes para la definición del caso<sup>62</sup>. Los acuerdos que surgieron de la mesa fueron luego homologados por la autoridad judicial y, una vez se culminó la construcción de las viviendas —las cuales fueron entregadas a los solicitantes en el año 2008—, se declaró la terminación del proceso en la primavera de ese mismo año.

El logro más significativo de la mesa de discusión consistió en hacer posible un convenio entre las partes sobre la urgencia de modificar la situación por la que atravesaban las familias que solicitaban la protección de sus derechos. Gracias a este primer acuerdo, el rumbo del proceso judicial, que había iniciado como una reclamación ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Administración, abandonó la ruta contenciosa que originalmente había tomado. En su lugar, acabó por convertirse en un fructífero escenario de deliberación que condujo a la solución concertada del problema habitacional que enfrentaban los demandantes.

Algunos de los acuerdos específicos que surgieron de la mesa de discusión fueron los siguientes: las partes convinieron el lugar donde habría de ser llevada a cabo la construcción de las viviendas y descartaron la idea, originalmente plasmada en el acuerdo de 2001, de optar por un proyecto de *autoconstrucción*. En lugar de esto, el Gobierno se comprometió a entregar los inmuebles una vez se hallaran terminados y listos para ser habitados<sup>63</sup>. Adicionalmente, se obligó a facilitar a los demandantes la adquisición del título de propiedad de las viviendas. Para tal fin acordaron que el pago del arrendamiento fuese pactado con la modalidad de *leasing*. A su vez, como alternativa para quienes prefirieran una opción diferente, dispusieron que la Administración ofreciera líneas de crédito exentas de interés y ajustadas a la capacidad de pago de los compradores.

Por último, resulta oportuno señalar que en el pacto las partes dejaron escrito que las viviendas debían ser edificadas de acuerdo con los estándares internacionales en la materia. Más precisamente, estipularon que los criterios de *habitabilidad* y

---

<sup>62</sup> FAISTEIN, KLETZEL Y GARCÍA, Op. Cit.

<sup>63</sup> CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS – Siglo XXI editores, 2008, pp. 92-97.

*asequibilidad* formulados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tendrían que ser acatados durante la ejecución del proyecto<sup>64</sup>.

Este proceso pone en evidencia que el principal instrumento que extiende este modelo de actuación judicial a los tribunales es la deliberación. El empleo de dicha herramienta modifica parcialmente el papel que está llamado a representar el juez durante el proceso. Esto es así en la medida en que, pese a conservar una actitud vigilante, atenta a enmendar cualquier yerro que entorpezca su curso, más que un director u orientador del rumbo que ha de seguir el arreglo de la controversia, se convierte en un diligente acompañante que puede respaldar los acuerdos conseguidos por las partes, como también corregir y remplazar tales convenios.

Concluida la presentación de estos dos procesos dialógicos, se analizan ahora las órdenes prescriptivas unidireccionales.

### ***(1.9.2.) Las órdenes unidireccionales***

Las sentencias unidireccionales se distinguen de las demás decisiones estructurales por cuanto en ellas existe un único centro de decisión. El tribunal es el órgano que ejerce dicho poder de mando, para lo cual se vale de órdenes minuciosas que precisan los detalles de cada una de las actuaciones que deben ser emprendidas por las partes. En consecuencia, a estas últimas les corresponde desempeñar un papel que podría ser calificado como *pasivo*. Esto es así dado que únicamente han de ajustar su comportamiento a las directrices establecidas por la autoridad judicial.

Así pues, la gran diferencia que separa a estas decisiones de las órdenes declarativas y de los remedios dialógicos consiste en que los encargados de ejecutar la orden no disponen del margen de discrecionalidad que en estos últimos casos les es concedido. Antes bien, estas decisiones suelen contener órdenes meticulosas en las que,

---

<sup>64</sup> De acuerdo con la observación general número 4, aprobada por el Comité, la *adecuación* de una vivienda engloba varios elementos: la seguridad jurídica de su tenencia, la disponibilidad de servicios públicos y su emplazamiento, además de otros criterios. Al incluir la *habitabilidad* dentro de dicho listado, el Comité destacó la necesidad de garantizar que las viviendas satisfagan un conjunto de exigencias básicas de calidad. En este sentido, los Estados deben asegurar que los hogares resulten adecuados para hacer frente a las necesidades climatológicas del entorno y a los elementos que puedan incidir negativamente en la salud de sus habitantes. Por su parte, la *asequibilidad* hace referencia a la obligación de promover el acceso a la vivienda para quienes cuentan con mayores dificultades económicas. Al respecto, ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Op. Cit.



de forma deliberada, se pretende reducir hasta el mínimo posible la indeterminación o la amplitud de las directrices.

Para avanzar en esta presentación conviene hacer referencia a la reflexión hecha por MARK TUSHNET<sup>65</sup> sobre el destino que ha tenido la *judicial review* en el derecho contemporáneo<sup>66</sup>. El autor recuerda que el siglo XX presencié el enfrentamiento de dos modelos antagónicos de constitucionalismo. Por un lado, encontramos el modelo *Westminster*<sup>67</sup>, que traería a la actualidad el antiguo dogma de la supremacía parlamentaria. Con arreglo a este planteamiento, la ley aprobada por los parlamentos no estaría sometida a límites diferentes a los *presupuestos culturales* que estuvieran incorporados en la voluntad de la mayoría de los ciudadanos<sup>68</sup>.

Del otro lado del Atlántico surgió el segundo esquema del constitucionalismo, denominado *parlamentarismo acotado*<sup>69</sup>, en el que, a diferencia de lo ocurrido en el anterior modelo, la actividad de los legisladores se halla sometida a precisas restricciones. Tales límites se encuentran consignados en las Constituciones y su control es realizado por los tribunales.

De regreso a la situación presente del constitucionalismo, TUSHNET advierte que «el modelo Westminster ha salido del mercado»<sup>70</sup>, por lo que en la actualidad solo se mantiene vigente el modelo estadounidense que postula la supremacía constitucional y el control judicial de la ley. Sin embargo, observa que su puesta en marcha en el derecho comparado no es uniforme. Existen dos variantes que, pese a compartir los

---

<sup>65</sup> TUSHNET, Op. cit., pp. 814.

<sup>66</sup> Sobre el origen y los fundamentos normativos de la doctrina de la *judicial review*, ver CORWIN, EDWARD, *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Gloucester, Mass., P. Smith, 1963; NINO, SANTIAGO, «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en *Cardozo Law Review*, vol. 14, n.º 3-4, enero, 1993, pp. 799-846.

<sup>67</sup> Sobre la evolución histórica del principio de la separación de poderes en Inglaterra, ver VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 247-267. Al respecto, en cuanto al objetivo primordial del constitucionalismo, que no es cosa diferente a la organización del poder de manera que promueva el ejercicio de las libertades individuales, Vile sostiene que la adaptación del principio de la separación de poderes en la Gran Bretaña ha seguido un camino difícil. Luego de examinar las principales contribuciones doctrinales propuestas durante el siglo XIX y XX, el autor afirma que la fragmentación de aquello que denomina el *pensamiento constitucional británico* y el rechazo generalizado que se ha opuesto a las versiones cultivadas en Francia y en Estados Unidos del principio de la separación, han dificultado la formulación de una «visión integral de la estructura del sistema de gobierno británico y de los valores que este debe salvaguardar» (p. 265).

<sup>68</sup> TUSHNET, Op. cit., p. 814 y ss.

<sup>69</sup> Un análisis detallado de este tema se encuentra en ACKERMAN, BRUCE, *La nueva división de poderes*, México, D. F., Fondo de cultura económica, 2007.

<sup>70</sup> TUSHNET, Op. cit., p. 814 y ss.

fundamentos esenciales en torno a la justicia constitucional, presentan notables diferencias en la manera como ésta es llevada a la práctica.

En primer término, se halla lo que el autor designa como la *versión débil del judicial review*, a la cual ya se ha hecho referencia. Los jueces que adoptan este enfoque comprenden la práctica del control constitucional como un ejercicio que ha de ser realizado con mesura y con un cierto grado de autorrestricción. La adopción de estas cautelas se debe a la conciencia generalizada que tienen los tribunales sobre la escasa legitimidad democrática formal con la que emprenden el control de las actuaciones de otros órganos que sí cuentan con ella.

En ese sentido, la moderación es la respuesta que emplean los tribunales para enfrentar aquel hecho paradójico. Dicha actitud se traduce en una marcada predilección por las órdenes declarativas —y, en una menor proporción, por los arreglos dialógicos— frente a las sentencias unidireccionales. De este modo, esto es, retornando la solución de estas controversias a las autoridades que en su momento debieron ocuparse de ellas, pretenden conseguir un difícil punto de equilibrio entre el deber de proteger los derechos de los ciudadanos y la exigencia democrática de respetar la separación de poderes.

En las antípodas de este modelo se encuentra la versión fuerte del *judicial review*, que es el escenario natural de las sentencias unidireccionales. La práctica judicial que propone este esquema resulta más habitual que el anterior en la medida en que coincide con la idea que por lo regular se tiene sobre el quehacer de los jueces.

De acuerdo con este planteamiento, el juez es un árbitro que media en las disputas con el encargo fundamental de cumplir dos tareas: en primer lugar, ha de determinar cuál derecho, entre aquellos que se enfrentan en el marco de un determinado proceso judicial, debe prevalecer. En segundo término, se encuentra llamado a señalar el modo como la parte vencida debe proceder para restablecer el derecho que ha sido violado. Sobre este sencillo binomio se ha erigido el sistema de administración de justicia en su versión más habitual<sup>71</sup>.

Lo anterior se hace particularmente evidente en el caso de los procesos ordinarios de amparo. Pues de ellos se espera que, además de ofrecer a las partes un

---

<sup>71</sup> Sobre la manera como se conjugan estos dos elementos en la sentencia, ver STURM, Op. Cit.

veredicto sobre la procedencia de la reclamación, proporcionen un remedio concreto que ponga fin a la violación del derecho fundamental.

Según lo indicado por la doctrina<sup>72</sup>, las sentencias unidireccionales son el resultado de una determinada actitud de los jueces frente a los asuntos que han de resolver. Específicamente, demuestran la intención de resolver todos y cada uno de los elementos que se articulan en las controversias que son sometidas a su conocimiento. Este propósito se materializa en la aprobación de una orden «única, [pretendidamente] omnicomprendiva y difícil de cambiar»<sup>73</sup>.

En el proceso de implementación del fallo, por otra parte, se encuentra una característica adicional de las sentencias unidireccionales. Por regla general, la evaluación del proceder de los destinatarios de la orden es realizada por el mismo tribunal que ha dictado la decisión, el cual únicamente tiene en cuenta el grado de concordancia entre las actuaciones de las autoridades y las instrucciones vertidas en el fallo.

En resumen, las sentencias unidireccionales se caracterizan por proponer un modelo de solución a las controversias estructurales según el cual (i) corresponde al juez asumir el liderazgo, y en ocasiones también la gestión puntual, de las entidades que padecen el bloqueo institucional<sup>74</sup>. Para tal fin, la autoridad judicial emite (ii) una orden única, (iii) con vocación omnicomprendiva, (iv) cuyas probabilidades de modificación son muy remotas. (v) Por último, se trata de decisiones que plantean como criterio exclusivo para evaluar su implementación la rigurosa obediencia de las órdenes impuestas.

Antes de continuar con la presentación de algunos ejemplos jurisprudenciales de las sentencias unidireccionales, resulta oportuno hacer referencia a una observación hecha por STURM sobre el carácter progresivo con el que se incrementa el grado de injerencia de los tribunales en la solución de estas controversias. Pues no en todos los casos el enfoque unidireccional es elegido desde el primer momento para la superación

---

<sup>72</sup> SABEL Y SIMON, Op. Cit., p. 1016 y ss; STURM, Op. Cit., p. 851 y ss; CHAYES, Op. Cit., p. 1282 y ss.

<sup>73</sup> SABEL Y SIMON, op. Cit., p. 1018.

<sup>74</sup> Por esta razón STURM ha manifestado que el enfoque unidireccional, que ella ha denominado en su presentación como aproximación tipo *director*, es significativamente «activista y gerencial». STURM, Op. Cit., p. 853.

del bloqueo institucional. Es relativamente habitual que este sea adoptado como consecuencia del incumplimiento de los destinatarios de las órdenes.

Con base en algunos casos tomados de la experiencia judicial norteamericana relativa a la transformación de su sistema penitenciario<sup>75</sup>, Sturm indica que es usual que el *juez director* plantee como respuesta a dicho incumplimiento la decisión de asumir un mayor control sobre la implementación de la orden. Dicha determinación se materializa en la aprobación de decisiones complementarias que pretenden cerrar los espacios que han dado lugar a la elusión de las obligaciones impuestas.

Entre los diferentes ejemplos que cita la autora sobre este tipo de medidas se encuentran la iniciación de investigaciones disciplinarias en contra de los funcionarios renuentes<sup>76</sup>, el traslado de dichos agentes a otras dependencias —y aun el inicio de trámites de despido<sup>77</sup>—, la imposición de órdenes que originalmente habían sido propuestas como contingentes<sup>78</sup>, y —en los casos más graves— la asunción directa de las funciones que son competencia exclusiva de las autoridades.

Una clara muestra de estas medidas se encuentra en el caso *Knop vs. Johnson*, en el cual el tribunal manifestó abiertamente su intención de remplazar en sus funciones a los agentes que habían incumplido las órdenes dictadas:

Los administradores de la prisión han demostrado su falta de voluntad o su incapacidad para manejar este problema [consistente en el tratamiento racista y discriminatorio dado a los reos afrodescendientes] de una manera firme y realista. Dada esta situación, la Corte no tiene otra alternativa que usurpar alguna porción de la discreción de los demandados

---

<sup>75</sup> Sobre este mismo tema, ver FEELEY, MALCOLM Y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

<sup>76</sup> En un proceso judicial iniciado en contra del Departamento de Correccionales de Michigan, el Tribunal del Distrito de dicho estado dispuso la iniciación de investigaciones disciplinarias en contra de los funcionarios que, desconociendo una orden previa, continuaban dando un tratamiento indigno y discriminatorio a los presos afrodescendientes. Sentencia aprobada por el Tribunal del Distrito de Michigan de los Estados Unidos, *Knop vs. Johnson*, 685 F. Supp. 636 (1988).

<sup>77</sup> Las investigaciones desarrolladas por YACKLE abordan el cumplimiento de las órdenes estructurales en el sistema penitenciario de Alabama. La autora concluye que de manera informal algunos jueces practican presiones burocráticas para forzar la salida de funcionarios que se han negado a cumplir con las órdenes impuestas. Al respecto, ver YACKLE, L., *Reform and Regret: The Story of Federal Judicial Involvement in the Alabama Prison System*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

<sup>78</sup> En otro caso de hacinamiento carcelario, en atención a que las actuaciones emprendidas por las autoridades no obtenían resultados satisfactorios, el tribunal ordenó la creación de un programa de fianzas [a *bailcare program*] con el propósito de descongestionar los centros penitenciarios. Sentencia aprobada por la Corte Federal de Apelaciones de Pensilvania, *Harris vs. Pernsley*, 820 F.2d 592.

como administradores [*but tu usurp some measure of the defendants' discretion as administrators*] con el fin de asegurar que la violación constitucional sea enmendada.

El proceso del que se ha tomado la anterior cita es un claro ejemplo del carácter progresivo que, con visible frecuencia, adquieren estas decisiones en el curso de un proceso. De este modo se confirma que no siempre el enfoque unidireccional es el adoptado por el juez desde el primer momento para superar el bloqueo institucional que enfrenta. De tal suerte, tales remedios bien pueden aparecer luego de haber adoptado una perspectiva dialógica o de haber emitido un fallo declarativo.

En el caso que ahora se comenta, el Tribunal del Distrito de Michigan conoció una *class action* interpuesta por un nutrido grupo de presos recluidos en diferentes cárceles del estado. Los demandantes reclamaban una solución judicial a los problemas de hacinamiento carcelario, precaria situación sanitaria, tratamiento racista y discriminatorio, falta de acceso a los tribunales, entre otras violaciones a sus derechos fundamentales. Antes de emitir una orden encaminada a solventar esta compleja situación, el Tribunal solicitó a las partes que diseñaran sendos planes de acción para dar respuesta a cada uno de los problemas planteados. Una vez tuvo acceso a dichos proyectos, el Tribunal aprobó una sentencia estructural que recogió buena parte de estas propuestas.

Hasta este punto el proceder del Tribunal se ciñó al modelo dialógico, pues la solicitud hecha a las partes pretendía construir una respuesta colectiva a la grave crisis que se presentaba en el sistema penitenciario estatal. Sin embargo, esta disposición inicial fue decayendo al ritmo de los incumplimientos de las autoridades encargadas de poner en marcha el plan finalmente aprobado por el Tribunal. Así pues, la decisión de «usurpar alguna porción de la discreción de los demandados como administradores» tuvo como causa el reiterado incumplimiento de las instituciones responsables de llevar a cabo las reformas propuestas. En consecuencia, en vez de expresar el convencimiento espontáneo de los magistrados del Tribunal, la decisión de optar por un arreglo unidireccional fue el resultado de las circunstancias que rodearon al caso concreto.

De acuerdo con el análisis hecho por TUSHNET, el devenir que siguió este proceso no es en modo alguno excepcional. Por el contrario, según lo advierte el autor, este desenlace es previsible cuando el juez no se encarga de trazar desde el primer momento los remedios concretos que han de materializar la decisión estructural. En su

opinión, esto se debe a que la versión débil del *judicial review* encuentra en la *inestabilidad* de sus sentencias su defecto más acusado<sup>79</sup>.

No obstante, TUSHNET en modo alguno propone que este problema de incumplimiento de las sentencias deba ser resuelto mediante la adopción del patrón unidireccional. En vez de plantear una alternativa a esta situación, al autor únicamente le interesa resolver una inquietud más abstracta. La pregunta que se plantea indaga si, tal como lo pretenden los jueces y doctrinantes que han defendido las sentencias dialógicas y declarativas, tal modelo de actuación judicial es una alternativa sólida que constituya una auténtica opción frente al modelo clásico del *parlamentarismo acotado estadounidense*.

Luego de analizar algunos ejemplos jurisprudenciales tomados de Sudáfrica y de Canadá<sup>80</sup>, el autor observa que, si bien se puede reconocer una tendencia en el derecho comparado que procura formular una tercera vía entre los modelos clásicos que proponen, por un lado, la restricción judicial y, en segundo término, el ejercicio activo de la judicatura, lo cierto es que, en su criterio, la práctica demuestra que tales esfuerzos terminan encauzándose por alguna de las dos corrientes que, en un primer momento, pretendían evitar.

Estas fórmulas judiciales —continúa la exposición— enfrentan un desafío ante el que suelen zozobrar. Se trata del reto de conservar su talante dialógico al momento de encarar los previsibles incumplimientos que, en algún grado, vienen siempre con estas actuaciones judiciales. Al verse ante este dilema, los tribunales suelen inclinarse por alguna de las alternativas tradicionales, bien por la restricción —en cuyo caso deciden

---

<sup>79</sup> TUSHNET, Op. Cit., p. 824.

<sup>80</sup> Sobre este ordenamiento, el autor destaca el interesante debate que se ha generado en torno a lo dispuesto en la sección 33 de la Constitución canadiense. El caso es digno de mención pues el artículo autoriza al Parlamento y a las legislaturas de las provincias a declarar que los textos normativos aprobados por ellos han de tener efectos *a pesar de [notwithstanding]* lo dispuesto en la carta de derechos de la Constitución. Al margen de la desafortunada redacción de la norma, que pareciera despojar de cualquier carácter jurídico a la *Bill of Rights*, vale la pena señalar que dicha disposición plantea un llamativo esquema de relaciones entre los poderes públicos frente a la interpretación de la Constitución. La disposición establece una suerte de *prevalencia a priori* de la opinión de los legisladores frente al criterio de los tribunales. Sin embargo, un importante sector de la doctrina afirma que, en vez de proponer un modelo de supremacía parlamentaria, la Constitución persigue el diálogo interinstitucional. Al respecto, ver HOGG, PETER Y BUSHELL, ALISON, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», en *Canada Watch*, septiembre – octubre, 2000, vol. 8, nos. 1-3. Recuperado el día 18 de febrero de 2014. El documento está disponible para consulta en: [http://robarts.info.yorku.ca/files/2012/03/cw\\_8\\_1-3.pdf](http://robarts.info.yorku.ca/files/2012/03/cw_8_1-3.pdf); HOGG, PETER Y BUSHELL, ALISON, «El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas: o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo», en GARGARELLA, ROBERTO, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

poner en manos de la institución correspondiente la solución del bloqueo institucional y desistir de la exigencia de resultados— o bien por el activismo —supuesto que nos conduce de vuelta al modelo de las órdenes unidireccionales—. Así las cosas, en opinión de TUSHNET, la *versión débil del judicial review* fracasaría, al menos en la práctica, en su intención de proponer un modelo estable para la solución de los litigios que ahora nos ocupan.

La anterior valoración no es acertada más que en las premisas sobre las que se basa. A nuestro juicio, la validez general de la interpretación que hace TUSHNET sobre el desarrollo práctico de estos procesos judiciales no puede llevarse a la conclusión general que plantea. Aunque es cierto que estos remedios judiciales presentan una cierta propensión a retornar hacia alguno de los modelos tradicionales, de este hecho no se sigue que el enfoque dialógico sucumba en su esfuerzo de proponer un modelo alternativo del proceder judicial.

Para realizar un adecuado enjuiciamiento de este enfoque es menester tener en cuenta que aquel se basa en la cooperación y en la intención de generar una fructífera sinergia entre los poderes públicos. De este modo, su éxito depende de que las partes se comprometan en la labor colectiva de hallar e implementar una solución que ponga fin al estancamiento funcional que padecen. Por tanto, es apenas obvio que la ausencia de una disposición semejante amenace la evolución positiva del proceso.

En este orden de ideas, la objeción formulada por el autor parece no tener en cuenta que, tal como se indicó en su momento, uno de los elementos propios de este modelo es aquel que le permite al juez adoptar medidas para corregir la displicencia de las partes. En ese sentido, el reproche pasa por alto que los jueces están ante un sistema que, como toda institución jurídica, basa su funcionamiento en el ofrecimiento de incentivos y sanciones. El estímulo que se propone a los destinatarios de la orden es la posibilidad de mantener al juez fuera de los asuntos que son competencia de la entidad.

En la medida en que los responsables muestren una conducta diligente y en que tal disposición se compruebe en la consecución de resultados objetivos, los jueces compensarán este esfuerzo manteniéndose al margen del ejercicio de las funciones de la institución. Se espera que este incentivo —que de ninguna manera constituye un acicate menor— sea capaz de influir positivamente en la dinámica de dicha entidad. Sin embargo, en el supuesto en que de esta forma no se consiga el compromiso institucional

perseguido, el juez deberá hacer uso de otras medidas que conduzcan a la obtención de un fin similar.

En consecuencia, la decisión que censura TUSHNET —esto es, aquella que prescinde del diálogo para, en su lugar, emplear decisiones unidireccionales que aseguren el cumplimiento de la orden— no es más que una reacción previsible del engranaje sobre el que opera el modelo dialógico. Es la respuesta mediante la cual se pretende resolver, a la vez que sancionar, la negligencia y el incumplimiento que han opuesto los responsables a la iniciativa planteada.

Así pues, no tiene mayor sentido exigir al juez que al enfrentar una situación como la descrita, por motivos que únicamente atienden a la coherencia, insista en una solución que se ha mostrado ineficiente en el caso concreto. Una actuación semejante podría poner en riesgo, de manera obstinada e innecesaria, los derechos cuya protección se pretende. A su vez, por esta vía se podría incurrir en una nueva violación de un derecho fundamental; esta vez del derecho a un recurso judicial efectivo<sup>81</sup>.

En suma, en criterio del autor de esta investigación la descalificación hecha por TUSHNET no es acertada por cuanto se basa en una errada comprensión de la conducta del juez que decide corregir el desacato de los responsables. De acuerdo con su interpretación, al obrar de esta manera el juez estaría renunciando al enfoque dialógico que originalmente había adoptado. Este resultado pondría de presente la inestabilidad de dicho modelo y demostraría que aquel no ofrece en realidad una alternativa robusta o duradera que permita desatar exitosamente los litigios estructurales.

No obstante, el autor olvida que el uso de los remedios unidireccionales hace parte del sistema que censura. De ahí que su empleo por parte del juez que enfrenta la desobediencia de los obligados de ninguna forma traicione la lógica que ha inspirado el enfoque dialógico. Por el contrario, este desenlace es la respuesta de un modelo realista y consciente de las dificultades que deben ser superadas al elegir el diálogo como instrumento de reforma institucional. Según lo dicho, el yerro interpretativo señalado consiste en comprender lo anterior como una retractación, en vez de reconocer en ello una reacción previsible y deliberada de un modelo que ubica por encima de cualquier otra preocupación la urgencia de proteger los derechos amparados.

---

<sup>81</sup> Ver nota 45.



Este último comentario revela la honda contradicción que encierra la crítica hecha por TUSHNET. Su exigencia de conservar una postura *inflexiblemente dialógica* resulta por completo desproporcionada debido a las consecuencias que conlleva. Pues al reclamar una salida coherente con la actitud originalmente asumida por el juez se exige a los titulares de los derechos supuestamente amparados que soporten de manera indefinida el incumplimiento de los obligados. Así, en el supuesto en que la autoridad judicial decida empeñarse en seguir esta vía pese a no contar con los elementos imprescindibles que esta requiere, los demandantes se verán abocados a aguardar hasta que de forma espontánea se transforme la postura renuente de los responsables para que finalmente decidan cooperar.

Ahora bien, con esta reflexión en torno a la objeción propuesta por TUSHNET se cierra este comentario a propósito de la manera en que en algunos procesos coinciden las órdenes dialógicas con los remedios unidireccionales. Dicho lo anterior, se pasa ahora a referir algunos ejemplos jurisprudenciales de estas órdenes .

#### ***(1.9.2.1) Las sentencias unidireccionales en acción***

El caso *Wyatt vs. Stickney*, decidido por el Tribunal del Distrito Medio de Alabama, es un interesante proceso que enseña el funcionamiento práctico del modelo unidireccional de arreglo de controversias estructurales. El juicio inició gracias a una *class action* que controvertía la legalidad de varias actuaciones realizadas por el Departamento de Salud Mental de Alabama. Entre los señalamientos endilgados a la autoridad se hallaba una muy seria acusación por el tratamiento ofrecido a las personas que se encontraban confinadas en el hospital Bryce, ubicado en el condado de Tuscaloosa del mismo estado<sup>82</sup>. Una vez el Tribunal comprobó que las condiciones en las que se encontraban los pacientes no eran adecuadas y que los protocolos de atención

---

<sup>82</sup> El inicio de esta contienda es llamativo, pues originalmente la demanda no tenía como pretensión obtener la protección judicial de los derechos de los pacientes reclusos en las clínicas mentales de Alabama. La acción había sido interpuesta como una reclamación de índole laboral que tenía como causa el despido de un grupo de más de cien trabajadores del hospital Bryce. Con el objetivo de dar mayor consistencia a su solicitud, los demandantes decidieron incluir a Ricky Wyatt, quien era sobrino de uno de los empleados despedidos, dentro del grupo de demandantes, alegando que el despido masivo había ocasionado una grave desmejora del servicio prestado a los pacientes del centro médico. El magistrado Frank Johnson, miembro del Tribunal encargado de la sustanciación del proceso, rechazó la pretensión principal de la demanda al considerar que el Departamento de Salud Mental no había infringido ninguna norma al separar de sus cargos a los trabajadores, pero decidió proseguir el proceso respecto de la denuncia sobre las inadecuadas condiciones en que se encontraban los pacientes.

médica no se ajustaban a la normativa federal ni a la reglamentación estatal, declaró que la autoridad demandada era responsable de la violación del derecho a un *tratamiento adecuado* de los internos<sup>83</sup> y le concedió un término de seis meses para acreditar una mejora sustancial de dicha situación<sup>84</sup>.

Al darse cuenta de que este panorama se replicaba con igual gravedad en otros centros de atención del mismo estado, el Tribunal resolvió incluir en el proceso a dos instituciones que también prestaban este servicio en Alabama. Así, los hospitales Searcy y Partlow resultaron involucrados en este proceso después de que el Tribunal advirtiera que aquellas clínicas presentaban los mismos problemas que habían sido descubiertos en el hospital Bryce.

Luego de valorar las pruebas sobre los pretendidos adelantos realizados por la entidad demandada, el Tribunal declaró que el sistema de salud mental de Alabama infringía los derechos fundamentales de los pacientes internos. Para arribar a esta conclusión, analizó el servicio médico ofrecido por las clínicas involucradas en el proceso a la luz de un listado de criterios —que en adelante serían conocidos bajo el nombre de *Wyatt standards*<sup>85</sup>— que evaluaban la idoneidad y la calidad de la atención médica.

El Tribunal descubrió que los hospitales no ofrecían a sus pacientes un *entorno humano* —concepto que abarcaba tanto las condiciones físicas de las instalaciones como el ambiente psicológico— que favoreciera su recuperación. Comprobó que tampoco contaban con el número de profesionales requerido según el número de usuarios. Advirtió que no se estaban siguiendo planes de tratamiento individual que hicieran énfasis en las necesidades médicas de cada paciente. Y, para terminar, encontró

---

<sup>83</sup> Al declarar la violación de este derecho, ordenó a las autoridades diseñar planes de atención dirigidos a brindar a los pacientes internos una *oportunidad real* de restablecer su salud mental o, cuando menos, de mejorar su condición. Al respecto, ver CHAMBERS, DAVID. «Alternatives to Civil Commitment of the Mentally Ill: Practical Guides and Constitutional Imperatives», en *Michigan Law Review*, vol. 70, n.º 6, 1972, pp. 1107-1200.

<sup>84</sup> Sentencia del Tribunal del Distrito de Alabama, División Norte, caso 325F. Supp 781, asunto *Wyatt vs. Stickney*.

<sup>85</sup> Estos criterios se convirtieron desde entonces en una referencia federal para la mayoría de los casos estructurales relacionados con la adecuación de los centros de atención para personas con problemas de salud mental. Al respecto, ver O'REILLY, JOSEPH Y SALES, BRUCE, «Privacy for the Institutionalized Mentally Ill: Are Court-Ordered Standards Effective?», en *Law and Human Behavior*, vol. 11, n.º 1, 1987, pp. 41-53.

que no existía una política general orientada a reducir los internamientos a aquellos casos en los que dicha medida fuese verdaderamente necesaria<sup>86</sup>.

Con el objetivo de corregir esta compleja situación, el Tribunal resolvió promover una reforma estructural del sistema de salud mental del estado. Para tal efecto, aprobó un ambicioso plan cuyo propósito primordial apuntaba a conseguir el cumplimiento de los criterios básicos de calidad a los que se ha hecho alusión —esto es, a los *Wyatt standards*—. Al perseguir dicho objetivo el Tribunal dejó a su paso un interesante testimonio del alcance del enfoque unidireccional.

Aduciendo como razones la grave situación padecida por los pacientes internos y la alegada incapacidad del Departamento para introducir las modificaciones requeridas, el Tribunal aprobó un minucioso catálogo de órdenes en las que quedaban resueltos —o al menos así lo pretendía dicha autoridad— todos los asuntos relativos al funcionamiento de los centros médicos. Como muestra de la especificidad de estos mandatos se encuentran, entre otras, las previsiones encaminadas a superar el hacinamiento. Al respecto, en la orden se fijaron las siguientes obligaciones: los dormitorios debían hospedar a un número máximo de seis pacientes; las habitaciones debían contar con un área mínima de 2,4 metros cuadrados por paciente, medida que debía ascender a tres metros cuadrados en los espacios dedicados a la alimentación; el número de servicios ofrecidos debía atender a una proporción de un baño por cada ocho pacientes.

Más aún, la orden llegó a ocuparse de asuntos que, por su extremado detalle, en ningún caso suelen dejarse a un criterio diferente de aquel de los funcionarios encargados. Como ejemplo de lo anterior se encuentra la decisión de fijar la temperatura ambiente de los centros, la cual debía oscilar entre veinte y veintiocho grados centígrados; y, por último, se establece unilateralmente el número de funcionarios que debía prestar sus servicios en cada hospital. Dicha cifra se obtenía aplicando un cálculo hecho por los magistrados en el que, con base en un listado de 35 categorías de empleo que debían ser proveídas en cada centro, se tomaba como criterio fundamental el número de pacientes efectivamente acogidos.

Este proceso pasó a la historia de los Estados Unidos al convertirse en el litigio estructural más prolongado entre aquellos que han pretendido transformar el sistema de

---

<sup>86</sup> *Wyatt vs. Stickney*, cit., Supp 1341.

salud mental del país. Transcurrieron 33 años y se invirtieron alrededor de quince millones de dólares hasta que, el día 5 de diciembre de 2003, el Tribunal declaró el cumplimiento de las obligaciones encomendadas al Departamento de Salud Mental de Alabama y, en consecuencia, ordenó la terminación de todas las actuaciones judiciales relacionadas con el proceso.

Finalizada la presentación de este caso, es preciso trasladarse ahora al subcontinente indio para encontrar el siguiente ejemplo jurisprudencial de la puesta en marcha de las órdenes unidireccionales: el proceso *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors*<sup>87</sup> que se encuentra aún pendiente de decisión definitiva por la Corte Suprema de Justicia del país asiático. Sin duda alguna, esta intervención es una de las apuestas judiciales más ambiciosas que haya sido emprendida por un tribunal con el propósito de asegurar la protección estructural de un derecho fundamental.

Atendiendo la complejidad de las órdenes emitidas, las implicaciones presupuestales que ha acarreado y el profundo impacto que ha ejercido sobre la política india, se realizará a continuación un estudio detallado de este proceso. Tal dedicación se justifica, a su vez, debido a que, según el criterio del autor, en él se han materializado tanto las esperanzas más entusiastas de quienes defienden el activismo judicial como también los excesos temidos con mayor recelo por quienes se han opuesto a estas actuaciones.

En el mes de julio de 2001 la organización no gubernamental *People's Union for Civil Liberties* presentó una demanda ante la Corte con el propósito de denunciar el inadecuado funcionamiento de la política alimentaria en el estado de Rajastán<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Proceso sustanciado por la Corte Suprema de Justicia de la India, caso Writ Petition (Civil) N.º196 of 2001, asunto *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors*.

<sup>88</sup> La interposición de esta demanda fue posible gracias a la flexibilización de las reglas de acceso a los tribunales efectuada por la misma Corte Suprema. Pese a que la organización no era titular de los derechos conculcados, consiguió poner en conocimiento del alto tribunal la situación en que se encontraba un número indeterminado de personas que pasaban hambre en el territorio indicado. Este tipo de procesos, en los cuales es posible demandar la protección de derechos ajenos y en los que se atenúan visiblemente otro tipo de exigencias procesales, son conocidos bajo el nombre de litigios de interés público (*Public Interest Litigation*). Gracias a la apertura de dicho canal —que, se reitera, no existía antes de la modificación jurisprudencial a la que se ha hecho referencia— un nutrido grupo de controversias relacionadas con los derechos sociales han arribado a la Corte y han dado lugar al desarrollo de interesantes pronunciamientos en la materia. Al respecto, ver CASSELS, JAMIE, «Judicial Activism and Public Interest Litigation in India; Attempting the Impossible? », en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n.º 3, 1989, pp. 595-519; CRAIG, P. P. Y DESHPANDE, S.L., «Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, 1989,

Mientras las autoridades estatales y el gobierno central almacenaban toneladas de alimentos —cuya distribución gratuita o subsidiada dependía de la declaración oficial del estado de hambruna—, se documentó la muerte de un número importante de personas por inanición y se verificó un alarmante incremento de buena parte de los indicadores asociados con el padecimiento de hambre. De acuerdo con las cifras proporcionadas por el Instituto Internacional de Investigación sobre Políticas Alimentarias<sup>89</sup>, el porcentaje de malnutrición de la población durante el período comprendido entre los años 2000-2002 era del 20%; el porcentaje de prevalencia de bajo peso en los niños menores de cinco años, correspondiente al lapso 1999–2003, era del 44%; y la tasa de mortalidad de niños menores dentro de este rango de edad ascendía a un 8,3%.

Según los cálculos realizados por el Instituto, la conjugación de los anteriores factores arrojaba como resultado un *índice global de hambre* (IGH) para el año 2001 correspondiente al 24,2. Esta cifra ubicaba a la India muy por debajo de la media global y reflejaba que el desempeño general del Estado había sido aún más deficiente que el de otros países que eran una referencia negativa en la materia. La República Democrática del Congo, por ejemplo, había reportado un IGH del 15,7 en el mismo año. Kenya obtuvo una valoración del 20,4, mientras que Burkina Faso obtuvo un IGH del 21,8<sup>90</sup>.

Al advertir que el fenómeno desvelado en Rajastán se replicaba con idéntico rigor a lo largo del territorio nacional, la Corte decidió iniciar una profunda intervención con el fin de transformar de manera radical la política alimentaria del país. Para llevar a cabo esta reforma se ha valido hasta ahora de medidas cautelares [*interim orders*] que le han permitido imponer mandatos provisionales mientras emite una sentencia definitiva que concluya el litigio. De este modo, pese a que el tribunal ha partido del hecho cierto del incumplimiento de los deberes constitucionales de las autoridades, dicha constatación no la ha llevado a finiquitar el proceso judicial mediante la declaración de

---

pp. 356-373; HOLLADAY, ZACHARY, «Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations», en *Indian Journal of Global Legal Studies*, vol. 19, n.º 2, 2012, pp. 555-573.

<sup>89</sup> Esta institución publica desde el año 2006 el *Índice global de hambre*, que es la referencia estadística internacional empleada por los gobiernos nacionales y por los órganos regionales con el objetivo de evaluar el desempeño de las políticas que pretenden combatir este flagelo.

<sup>90</sup> Los anteriores datos han sido obtenidos del informe elaborado por el Instituto para el año 2014. Al respecto, ver INSTITUTO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE POLÍTICAS ALIMENTARIAS, *2015 Global Hunger Index: Armed Conflict and the Challenge of Hunger*. Recuperado el día 1 de febrero de 2016. El documento se encuentra disponible para consulta en <http://www.ifpri.org/publication/2015-global-hunger-index-armed-conflict-and-challenge-hunger>.

responsabilidad del Estado. Por el contrario, la ha aprovechado con el objetivo de justificar la aprobación de las órdenes provisionales. De tal suerte, se espera que este litigio culmine cuando la Corte encuentre acreditado que las instituciones responsables han satisfecho sus obligaciones, lo que debería traducirse en una protección generalizada del derecho a una alimentación adecuada<sup>91</sup>.

El primer paso del Tribunal consistió en trazar un esquema de asignación de responsabilidades. Tomando como base el modelo de organización territorial indio, señaló con precisión cuáles eran las autoridades que debían encargarse de asegurar el cumplimiento de las órdenes emitidas en el proceso<sup>92</sup>. A su vez, nombró a dos comisionados a los que invistió de facultades para investigar las infracciones de las instituciones, recibir denuncias de los ciudadanos y exigir —con la autoridad que corresponde a la misma Corte Suprema de Justicia— la ejecución de sus tareas a los responsables de las exigencias incumplidas. A lo anterior habría que añadir que el año 2006 la Corte creó un Comité de alto poder [*High Powered Committee*] al que le confió la vigilancia general de las actuaciones realizadas por las instituciones.

A continuación, ordenó a las autoridades estatales y al gobierno central recabar la información necesaria para tener una idea de las dimensiones reales del desafío al que

---

<sup>91</sup> Según fue indicado antes, de acuerdo con el texto constitucional indio, existiría una distinción entre los derechos fundamentales y los derechos sociales, en virtud de la cual estos últimos serían *principios rectores de la política estatal* y no verdaderos derechos susceptibles de ser protegidos por los tribunales. El alcance de la evolución jurisprudencial —ya referida— que modificó esta postura se ha hecho particularmente evidente en *Francis Coralie Mullin vs. The Administrator*. En dicha oportunidad la Corte Suprema declaró lo siguiente: «El derecho a la vida humana incluye el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que eso implica, es decir, tener satisfechas las necesidades básicas de la vida como una nutrición adecuada, vestido, alojamiento y lugares donde leer, vivir y expresarse de diversas formas, moverse libremente de un lado a otro y mezclarse y relacionarse con otros seres humanos». En lo relativo a las dimensiones del esfuerzo que supone para el Estado satisfacer un derecho complejo como este, la Corte indicó en la misma sentencia que «El alcance y los elementos de este derecho dependerán del grado de desarrollo económico del país, pero deben, en cualquier caso, cubrir las necesidades básicas de la vida y también el derecho a llevar a cabo esas funciones y actividades, puesto que constituyen la expresión mínima de la persona como individuo». Al respecto, ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 13 de enero de 1981, caso 1981 AIR 746, 1981 SCR (2) 516, asunto *Francis Coralie Mullin vs. The Administrator*.

<sup>92</sup> Según fue señalado por la Corte en la medida cautelar del 20 de agosto de 2001, la prevención del hambre y la inanición «es una de las principales responsabilidades del Gobierno, ya sea central o estatal». Por tanto, indicó el Tribunal, es su deber garantizar el estricto acatamiento de las órdenes proferidas, lo que a su vez da lugar a la carga de asumir las consecuencias correspondientes cuando no sean conseguidos los resultados exigidos. Una interesante muestra del detalle con el que ha sido definido este asunto por el Tribunal se encuentra en la orden del 8 de mayo de 2002. En dicha ocasión precisó que dentro de los estados el *Chief Secretary* es el encargado de implementar las decisiones de la Corte. En una decisión complementaria, aprobada el 29 de octubre de 2002, el Tribunal llegaría a afirmar que, de presentarse muertes por inanición, estos hechos no solo serían tenidos en cuenta como evidencia del incumplimiento de sus órdenes, sino que además podrían dar pie a la declaración de responsabilidad en contra de aquellos funcionarios por el acaecimiento de estos hechos.

pretendían hacer frente. En ese sentido, solicitó la identificación de la población cuyas condiciones de subsistencia se hallaban por debajo de la línea de pobreza. A su vez, ordenó la recolección de los datos personales de quienes, debido a las condiciones sociales y personales en las que se encontraban, requerían una especial protección de parte del Estado: los adultos mayores, las mujeres embarazadas y lactantes, los menores de edad, las personas que sufren alguna forma de discapacidad y los miembros de castas segregadas, grupos que tienen en común el hecho de sufrir con especial severidad los efectos del hambre y la malnutrición.

Con base en la información recabada, la Corte pergeñó la estrategia con la que pretendía remediar la grave situación que se presentaba en el país. El programa ideado por el Tribunal tomó como punto de partida los ocho planes de alimentación que habían sido diseñados por el Estado con el fin de mitigar las consecuencias más dañinas producidas por las hambrunas. Pese a que todos los planes presentaban serios inconvenientes que reclamaban con urgencia una profunda transformación, la Corte decidió aprovechar el esquema de beneficios que prometían a los ciudadanos para hacer de ellos la referencia de las obligaciones que en adelante debían cumplir las autoridades. Dicho en otros términos, el Tribunal convirtió las prestaciones de estos planes —que hasta entonces solo en casos verdaderamente excepcionales eran ofrecidas a los ciudadanos— en derechos legales que podían ser exigidos ante los jueces<sup>93</sup>. Gracias a ello, por ejemplo, si un beneficiario del plan *Antyodaya* dejaba de recibir la ración correspondiente a 35 kilos de cereales al mes a los precios oficiales fijados por el Estado, aquel se encontraba autorizado a acudir ante los estrados judiciales para solicitar el cumplimiento de dicha obligación.

Para formarse una idea de las implicaciones de esta decisión conviene llevar a cabo una breve revisión de los planes que pasaron a convertirse en actuaciones obligatorias: el *Sistema de Distribución Pública* pretendía asegurar la entrega subsidiada de 25 kilos de alimentos al mes a las familias que se encontraran por debajo de la línea de la pobreza. El *Programa Nacional de Apoyo Nutricional para la Educación Primaria*, también conocido como el plan *Comida al mediodía* [*mid-day meal scheme*], procuraba ofrecer a los estudiantes de los colegios públicos de enseñanza

---

<sup>93</sup> Medida cautelar aprobada por la Corte Suprema de Justicia de la India el 28 de noviembre de 2001, caso Writ Petition (Civil) n.º 196 of 2001, asunto *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors.*

primaria uno de los tres alimentos diarios. El plan *Desarrollo Infantil Integral* había sido creado para garantizar a los niños menores de seis años un conjunto de servicios de alimentación suplementaria, atención en salud y educación preescolar. El *Plan Nacional de Pensión al Adulto Mayor* pretendía contribuir a la manutención de los ancianos mayores de 65 años que carecían de ingresos mediante el pago de una modesta pensión mensual. El *Sistema Nacional de Asistencia Familiar* proyectaba aliviar la situación económica de los hogares que han perdido a su cabeza de familia mediante la entrega de una suma de dinero que habrían de recibir poco después del deceso. El programa *Annapurna* prometía el suministro de raciones subsidiadas de alimento a los ancianos mayores de 65 años que, pese a cumplir los requisitos establecidos en el Plan Nacional de Pensión, no recibían dicho auxilio económico. Por último, el *Plan Nacional de Prestaciones de Maternidad* ofrecía una ayuda pecuniaria a las mujeres que, encontrándose por debajo de la línea de pobreza, dieran a luz a sus dos primeros hijos.

Como es de suponer, la implementación de una política pública tan ambiciosa — que contaba entre sus beneficiarios a cientos de millones de personas— ha exigido un descomunal esfuerzo de parte del Estado. A su vez, ha impuesto una dedicación particularmente intensa de parte del Tribunal para llevar a cabo el seguimiento de las actuaciones emprendidas. Sin embargo, a pesar del transcurso de más de diez años desde la adopción de esta orden y del empeño con el que ha obrado la Corte, la plena realización de estos programas se vislumbra aún como una meta lejana.

En aras de corregir los incumplimientos con los que se ha topado desde el primer momento y de enderezar las respuestas dilatorias que ha recibido de la Administración, el Tribunal ha aprobado un número importante de medidas cautelares que han hecho de este proceso una muestra ejemplar del alcance que pueden adquirir las órdenes unidireccionales. Para ilustrar lo anterior conviene pasar revista a algunas decisiones en las que se muestra con especial intensidad el involucramiento del Tribunal en la órbita de decisión de las autoridades encargadas de la ejecución de las políticas públicas.

Para empezar, se alude a la profunda reforma que ha promovido la Corte en uno de los programas de mayor importancia en la política alimentaria del país, el plan *Comida al mediodía*. Según acaba de ser indicado, el objetivo al que apunta dicho plan consiste en proveer a los estudiantes de educación primaria de los colegios públicos el alimento de la mitad de la jornada. Hasta el momento en que la Corte emprendió su intervención, dicho propósito no se había traducido en acciones concretas en la mayoría



del territorio nacional. Más aún, en aquellas regiones en las que se encontraban signos de un incipiente progreso en la materia resultaba evidente la presencia de graves fallas en su funcionamiento. Por tanto, el Tribunal concluyó que era necesario realizar un drástico viraje del curso que hasta entonces venía siguiendo el programa.

El 28 de noviembre de 2001 la Corte Suprema aprobó una medida cautelar en la que ordenó a los gobiernos estatales modificar el contenido del plan para que, en adelante, suministraran *alimentos preparados* a los estudiantes. Mediante esta orden pretendía modificar la tendencia que en aquel momento empezaba a generalizarse en las administraciones estatales consistente en ofrecer a los niños *rationes secas*, en vez de comida fresca, recién cocinada. La Corte otorgó un plazo de seis meses a las autoridades para cumplir esta exigencia.

Lo que llama la atención de esta medida no es solo que el Tribunal haya intervenido con la intención de decidir el tipo de comida que debía ser suministrada a los menores, sino el nivel de detalle con el que precisó el resultado —sumamente concreto— que esperaba del Estado. Según lo demuestra el apartado que se transcribe a continuación, la prolijidad de la orden restringe enormemente el margen de maniobra de las autoridades. De ahí que a estas no les quede más que acatar tales directrices en los estrictos términos empleados por la Corte:

Ordenamos a los gobiernos de los Estados y de los Territorios de la Unión implementar el programa Comida al medio día ofreciendo a cada niño que asista a las escuelas primarias del gobierno, o a aquellas financiadas por él, un almuerzo con un *contenido mínimo de 300 calorías y de 8 a 12 gramos de proteína diariamente por un mínimo de 200 días* (énfasis fuera de texto).

Una decisión similar fue adoptada el día 20 de abril de 2004, cuando el Tribunal consideró oportuno establecer los criterios que debían observar las Administraciones al contratar a los cocineros y a sus asistentes. De acuerdo con la orden en cuestión, las autoridades debían otorgar prioridad en dichos procesos de vinculación laboral a los *Dalits* —más conocidos como parias, o *mlechas*— y a los demás miembros de las tribus y las castas más desfavorecidas.

Al destacar esta orden no se pretende llamar la atención sobre la realización de acciones afirmativas en favor de grupos segregados. Estas actuaciones son hoy en día un hecho cotidiano en el derecho contemporáneo, por tanto no es siquiera necesario ahondar en la justificación de estas medidas a la luz del derecho a la igualdad. La razón

por la que ha sido subrayada la aludida decisión consiste en que —debido al contexto específico en el que fue aprobada— delata un nivel de injerencia especialmente alto en el ejercicio de las competencias de las autoridades. Lo llamativo no es, entonces, que el Tribunal haya ordenado conceder dicha preferencia a los grupos marginados, el motivo de admiración es que la intensidad de la intervención desplegada llegue al punto de arrebatar a las autoridades la facultad de establecer los criterios de selección de sus funcionarios.

Como último aspecto de este apartado se presenta una decisión que no tiene parangón entre las órdenes estructurales que han sido analizadas hasta ahora. Teniendo en cuenta que una de las causas alegadas con mayor frecuencia por los estados para justificar el incumplimiento de las metas del plan *Comida al mediodía* era la insuficiencia de los recursos del presupuesto, el Tribunal resolvió adoptar una drástica medida para solventar dicha situación. En la decisión aprobada el día 7 de octubre de 2004 ordenó al Gobierno central suministrar a los estados una rupia diaria por cada niño que tuviera que ser alimentado<sup>94</sup>.

Una orden semejante fue adoptada en el marco del programa *Desarrollo Infantil Integral*. Para mejorar su cobertura e incrementar la calidad de los servicios ofrecidos, la Corte exhortó al Gobierno central y a las autoridades estatales para que aumentaran los recursos de dicho plan. Más concretamente, les solicitó que consideraran la posibilidad de acrecentar en un 100% los ingresos destinados a dicho programa, lo que significaba para estas autoridades el esfuerzo de aportar una rupia diaria por cada menor de seis años que recibiera estos servicios.

El 28 de noviembre de 2001 la Corte emitió una orden dirigida a las autoridades estatales y a los territorios de la Unión en la que estableció los resultados que debían conseguir al ejecutar el plan de *Desarrollo Infantil Integral*. Precisó que los niños menores de seis años debían recibir a diario un alimento que les proporcionara trescientas calorías, a lo que debía sumarse una ración de proteína que oscilara entre

---

<sup>94</sup> Para ilustrar las consecuencias de esta decisión se tomará como referencia el año 2013, que es el período más reciente del cual se dispone de toda la información requerida para realizar el cálculo correspondiente. De acuerdo con los datos proporcionados por Naciones Unidas, la cifra de niños matriculados en los grados de educación básica primaria de la India ascendía a 137.746.817. Teniendo en cuenta que, según la misma fuente, el Estado se encargaba de la educación de un 80% de los estudiantes, pues el 20% restante acudía a instituciones privadas, el Gobierno central debía desembolsar un valor diario de \$110.197.453 rupias, equivalente a 1.300.150 euros.

ocho y diez gramos. En el caso de los niños que ya sufrieran los efectos de la malnutrición, indicó que debían recibir una dieta que les brindara seiscientas calorías y que incluyera una proteína de dieciséis a veinte gramos. Teniendo en cuenta que el programa se extendía a las madres de los niños, pues se trataba de un plan que pretendía ofrecer atención integral a la maternidad y a la primera infancia, la Corte especificó que las mujeres embarazadas debían recibir quinientas calorías y una porción de proteína que debía fluctuar entre veinte y veinticinco gramos. Para terminar, indicó que esta misma proporción debía ser ofrecida a las madres adolescentes y a las mujeres lactantes. Hasta aquí la exposición de las decisiones aprobadas por el Tribunal en este asunto.

Según se puede ver, la Corte Suprema de Justicia ha ejercido un activo liderazgo en el proceso de implementación de esta política pública en todo el territorio nacional. Las decisiones que se han acogido en el curso de este proceso —de las cuales solo se han destacado aquellas que son particularmente relevantes— dejan ver con claridad su postura en cuanto al papel que deben desempeñar los tribunales en los litigios estructurales. El proceder de la Corte revela una enorme desconfianza en las autoridades y en su capacidad de gestión para resolver de manera eficaz el problema planteado.

Así pues, el proceso *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors* enseña la importancia que tiene la opinión que se hayan formado los jueces sobre la competencia y la fiabilidad de los destinatarios de sus órdenes. En la medida en que prevean que sus decisiones corren el riesgo de ser desatendidas serán más proclives a optar por las órdenes unidireccionales. Naturalmente, cuando esta valoración conduzca a una apreciación contraria, como ha ocurrido en el caso sudafricano, es de esperar que se otorgue a las autoridades un mayor margen de discrecionalidad.

Antes de pasar a otro asunto, es necesario referir algunos de los resultados que han sido obtenidos gracias a esta intervención judicial. Para empezar, conviene destacar que los ciudadanos cuentan ahora con instrumentos legales para exigir el cumplimiento de los programas de alimentación. Esto último ha dado lugar a un notorio incremento de la movilización legal en procura de mejoras sustanciales de la calidad de la alimentación y, por esta vía, de la salud pública del país. Al margen de lo anterior, la gran conquista que ha sido cosechada gracias a este proceso judicial es, sin lugar a dudas, la aprobación de la *National Food Security Act*, aprobada en el mes de septiembre de 2013 por el Parlamento indio. Según se puede leer en su preámbulo, dicha ley pretende «proporcionar seguridad alimentaria y nutricional de acuerdo con el ciclo de la vida

humana, al garantizar el acceso a la cantidad adecuada de alimentos de calidad a precios accesibles para las personas, de modo que puedan vivir una vida con dignidad».

La aprobación de esta ley es el resultado del esfuerzo desplegado por la Corte para hacer visible la grave crisis alimentaria padecida en el país. Es la respuesta institucional que se había hecho esperar largamente a un llamado que hasta entonces solo había sido atendido mediante actuaciones aisladas e inconexas. En ese sentido, la ley pretende corregir la dispersión y el funcionamiento deficiente que venían dominando la ejecución de esta política pública. Sin que sea necesario ahondar en los detalles de su contenido, basta con decir que la ley recoge buena parte de las exigencias impuestas por la Corte y las convierte en mandatos legales. Muestra de ello es la manera como ha sido estructurado el programa *Comida al mediodía*, el cual refleja en su nueva versión la orientación que quiso transmitirle la Corte.

En cuanto a los resultados negativos, hay que apuntar que el decidido compromiso de la Corte no ha sido suficiente para modificar sustancialmente las cifras que se presentan en la materia. Por el contrario, tales cifras enseñan que padecer hambre continúa siendo un problema tan grave y tan difundido como lo era en el momento en que inició la intervención judicial. Lo anterior se refleja en el índice global de hambre del año 2013, que ascendió a un valor de 21,3. Esta cifra, que si bien representa una disminución de 2,1 dígitos en comparación con el año 2001, ubica al país aun muy por debajo de la media general y, según nuestro parecer, contrasta con el crecimiento económico que ha experimentado la economía india en el mismo lapso. Los demás indicadores con los que se calcula dicho índice reportan, a su vez, una leve mejoría pero distan de reflejar un cambio drástico como el que perseguía la Corte. En concreto, el porcentaje de malnutrición de la población durante el período 2010-2012 fue de un 17,5%, esto representa una reducción de un 2,5% del valor obtenido para los años 2000-2002. La prevalencia de bajo peso en niños menores de cinco años durante los años 2008-2012 se estimó en un 40,2%, una disminución del 3,8% en comparación con los años 1999-2003. Por último, la tasa de mortalidad en niños menores de cinco años se estimó en un 6,1%, que a su vez representa una disminución de un porcentaje del 2,2% en comparación con la cifra correspondiente al año 2001<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> INSTITUTO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE POLÍTICAS ALIMENTARIAS, 2013 *Global Hunger Index, The Challenge of Hunger: Building Resilience to Achieve Food and Nutrition Security*. Recuperado el día 7 de marzo de 2014. El documento se encuentra disponible para consulta en

Para concluir esta muestra jurisprudencial de las órdenes unidireccionales, conviene hacer referencia a la transformación que han proyectado los tribunales estadounidenses sobre el sistema penitenciario norteamericano<sup>96</sup>. En vez de referir un proceso concreto, como se ha hecho hasta ahora, se explicará la tendencia general — mayoritariamente unidireccional— que han seguido los jueces y tribunales impulsores de esta *revolución de los derechos*<sup>97</sup>.

***(1.9.2.2.) La reforma judicial al sistema penitenciario estadounidense como muestra del enfoque unidireccional***

Para dar comienzo a esta presentación es necesario indicar que solo hasta la década de los años sesenta del siglo pasado los tribunales norteamericanos empezaron a tramitar en debida forma las demandas interpuestas por las personas detenidas en centros carcelarios<sup>98</sup>. Hasta entonces los tribunales acostumbraban desestimar estas reclamaciones al considerar que los reos no se encontraban legitimados para elevar estas peticiones ante los estrados judiciales. Pues bien, este cambio jurisprudencial fue el primer paso de una profunda reforma institucional que se encauzó en dos direcciones.

Por un lado, dicha transformación se materializó en una significativa ampliación del margen de protección de los derechos fundamentales de los detenidos<sup>99</sup>. Los derechos a la libertad religiosa, a la intimidad, a recibir un tratamiento médico adecuado, al debido proceso, entre otros, recibieron un desarrollo jurisprudencial expansivo. Por esta vía se crearon nuevas restricciones relativas al trato que debía ser dispensado a los reos y, al mismo tiempo, se intensificaron las ya existentes. Sin embargo, la verdadera novedad que trajo este cambio jurisprudencial consistió en

---

<http://content.yudu.com/Library/A2hw34/2013GlobalHungerIndex/resources/index.htm?referrerUrl=http%3A%2F%2Fwww.ifpri.org%2Fpublication%2F2013—global—hunger—index>

<sup>96</sup> FEELEY Y RUBIN, Op. Cit.; EPP, CHARLES, *The Rights Revolution*, Londres, University of Chicago Press, 1998.

<sup>97</sup> EPP, Op. Cit.

<sup>98</sup> De acuerdo con la presentación hecha por Rosenberg, dicho cambio se produjo gracias a la modificación jurisprudencial realizada por la Corte Suprema de Justicia, según la cual la sección 1983 de la *Civil Rights Act* de 1871 permite a los presos interponer demandas orientadas a obtener una mejora de las condiciones de los centros penitenciarios. ROSENBERG, GERALD, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2da Ed., Londres, University of Chicago Press, 2008.

<sup>99</sup> Esta ampliación del catálogo de derechos, fenómeno que se acompañó de un robustecimiento de los ya existentes, es el acontecimiento que ha sido argüido por EPP para calificar este cambio jurisprudencial como una *revolución de los derechos*. EPP, Op. Cit.

permitir que las reclamaciones hechas por los detenidos fuesen presentadas válidamente como violaciones de derechos fundamentales.

En segundo término, la reforma se tradujo en una notable transformación de las condiciones de reclusión. En ese sentido, el ascendente uso de los recursos judiciales y el aludido surgimiento de una jurisprudencia progresista en la materia dieron lugar a una modificación general de buena parte de las instalaciones carcelarias del país y, especialmente, de las prácticas promovidas en ellas. Lo anterior se tradujo en una importante reducción de las tasas de hacinamiento carcelario, en la realización de ambiciosos planes de restructuración de los centros penitenciarios, y en la introducción de políticas orientadas a asegurar el adecuado goce de los derechos de los detenidos.

Todo ello pretendía demostrar, según lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, que no existen reductos que sean invulnerables frente al poder de irradiación de la Constitución. Esta idea fue expresada por el juez White quien, escribiendo por la mayoría de los magistrados de la Corte, declaró en el caso *Wolff vs. McDonell* que «no hay una cortina de hierro que se extienda entre la Constitución y las prisiones de este país»<sup>100</sup>.

La primera sentencia en la que se declaró que el sistema penitenciario de todo un estado infringía los derechos consignados en la Constitución fue suscrita en el año 1969. En el asunto *Holt vs. Sarver*<sup>101</sup> el Tribunal del Distrito de Arkansas concluyó que el extendido uso de la tortura como práctica regular en las cárceles, el ejercicio de la brutalidad por parte de los funcionarios en los intercambios con los detenidos y la total indiferencia frente al dolor, físico y moral, padecido por estos últimos desconocían abiertamente lo dispuesto en la octava enmienda. Con el propósito de enderezar esta situación, el Tribunal «puso en marcha una robusta intervención judicial que tocó cada faceta de la administración del sistema penitenciario y que perduró por veinte años»<sup>102</sup>.

Después de este primer antecedente se desencadenó una oleada de procesos judiciales que tenían como elemento común la exposición de graves fallas estructurales en el funcionamiento del sistema penitenciario estadounidense. Gracias a ello en 41

---

<sup>100</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 26 de junio de 1974, caso 418 U.S. 539, 555-56 (1974), asunto *Wolff vs. McDonnell*.

<sup>101</sup> Sentencia del Tribunal del Distrito Este de Arkansas, caso 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), asunto *Holt vs. Sarver*.

<sup>102</sup> HALL, KERMIT, «Prisons and Jails», en HALL, Kermit (edit.), *The Oxford Companion to American Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 629-637.

estados de la Unión se declaró la inconstitucionalidad de las condiciones de encarcelamiento<sup>103</sup>. A lo anterior es preciso añadir que para la década de los años noventa casi la totalidad de los estados tenía al menos un centro carcelario involucrado en un litigio estructural<sup>104</sup>. Al hacer una valoración general sobre la estrategia que utilizaron los tribunales para asegurar la realización de los cambios proyectados, FEELEY Y RUBIN afirmaron lo siguiente:

Los tribunales federales terminaron promulgando un exhaustivo código para la administración de las prisiones que cubría diversas materias como las instalaciones de las residencias, la salud, la comida, el vestido, la atención médica, la disciplina, la contratación de personal, las librerías, el trabajo y la educación. Las decisiones eran tan específicas en sus requerimientos que, dependiendo de la perspectiva, podían ser juzgadas como minuciosas o de insoportable detalle: el voltaje de los bombillos de las celdas, la frecuencia de las duchas y el contenido calórico de la alimentación eran parte del código que los tribunales promulgaron<sup>105</sup>.

La evaluación de los resultados de este modelo de intervención no es del todo pacífica. Pese a que existe un consenso en torno al reconocimiento de la evolución favorable de las condiciones de reclusión en las cárceles norteamericanas, algunos autores han formulado reparos que pueden organizarse de la siguiente manera: por un lado, autores como BRAKEL<sup>106</sup> Y TURNER<sup>107</sup> sostienen que los adelantos conseguidos se han limitado a restringir ligeramente el hacinamiento y a proscribir las prácticas crueles y los tratos inhumanos. ROSENBERG<sup>108</sup> admite la existencia de cambios positivos; sin embargo, los atribuye a la acción de actores diferentes a los tribunales. En concreto, sostiene que las modificaciones se deben a la labor de políticos y administradores que han ejercido sus cargos al mismo tiempo en que los tribunales emitían las órdenes estructurales. Por su parte, TAGGART<sup>109</sup> ha declarado que la incidencia de los tribunales

---

<sup>103</sup> SABEL Y SIMON, Op. Cit., p. 1035.

<sup>104</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 306.

<sup>105</sup> FEELEY Y RUBIN, Op. Cit., p. 40-41.

<sup>106</sup> BRAKEL, JAN, «Prison Reform Litigation: Has the Revolution Gone Too Far?», en *Corrections Today*, vol. 49, 1987, pp. 160-168.

<sup>107</sup> TURNER, WILLIAM, «When Prisoners Sue: A Study of Prisoner Section 1983 Suits in the Federal Courts», en *Harvard Law Review*, vol. 92, n.º 3, 1979, pp. 610-663.

<sup>108</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 306.

<sup>109</sup> TAGGART, WILLIAM, «Redefining the Power of the Federal Judiciary: The Impact of Court-Ordered Prison Reform on State Expenditures for Corrections», en *Law and Society Review*, vol. 23, n.º 2, 1989, pp. 241-272.

en el proceso de transformación del sistema se ha visto obstaculizada por la dinámica de los procesos presupuestales de cada estado.

El mejoramiento de las condiciones de reclusión en Estados Unidos —labor que dista de haber sido cumplida según la opinión unánime de la doctrina<sup>110</sup>— tiene un valor especial en la medida en que centra su atención en las necesidades de un sector de la población que no despierta gran simpatía entre los ciudadanos. Este desafecto por parte de las mayorías es un dato relevante para establecer los orígenes de la intervención judicial. En la medida en que los actores políticos son conscientes de las repercusiones negativas que les puede traer la reivindicación de estos derechos, es previsible que prefieran incluir en su agenda política actuaciones que se encuentren en sintonía con los intereses mayoritarios. Dicha situación de indiferencia y despreocupación por los derechos de los detenidos propicia el uso de otros mecanismos que, como ocurre en el caso de las demandas judiciales, no requieren la acción de este tipo de incentivos.

Este panorama incide, adicionalmente, en la clase de remedios que serán impuestos por los tribunales: al advertir que la referida ausencia de incentivos es una de las dificultades que debe ser remontada, pueden ser proclives a preferir, como ha ocurrido mayoritariamente en el caso estadounidense, los remedios unidireccionales sobre otras alternativas.

Para concluir este comentario sobre la experiencia norteamericana es necesario advertir que el despliegue de dicha tendencia judicial no ha sido del todo pacífico. Por el contrario, ha tenido que superar duros reveses para mantenerse como una práctica regular en los Estados Unidos<sup>111</sup>. Tanto el Congreso como la misma Corte Suprema de

---

<sup>110</sup> CAMPBELL Y SCHOENFELD han destacado que el esfuerzo realizado en esta materia por los Tribunales federales no hace parte de un proyecto común en el que se comprometan las diversas instituciones que conforman el Estado norteamericano. Antes bien, según lo demuestran los autores, gracias a la política criminal implementada en el país —la cual ha pretendido que el incremento de la criminalidad es el resultado del escaso rigor de las penas impuestas— durante la segunda mitad del siglo XX se produjo un preocupante crecimiento del número de presos. El hacinamiento producido de esta manera ha empeorado las condiciones generales en que se hallan los reclusos y ha desarticulado buena parte de las mejoras que habían sido conseguidas por los tribunales. En el período comprendido entre los años 1977 y 2000, por ejemplo, el porcentaje de encarcelamiento presentó un incremento nacional del 285%, lo que ha llevado a que en el año 2008 uno de cada cien estadounidenses se encuentre confinado en una cárcel. CAMPBELL, MICHAEL Y SCHOENFELD, HEATHER, «The Transformation of America's Penal Order: A Historicized Political Sociology of Punishment», en *American Journal of Sociology*, vol. 118, n.º 5, Marzo, 2013, pp. 1375-1423.

<sup>111</sup> A pesar de las críticas formuladas por un sector de la doctrina y de la resistencia que ha opuesto en ocasiones el mismo Poder Judicial, los tribunales siguen adelantando este tipo de reformas. Especialmente los tribunales federales continúan resolviendo con un enfoque similar las demandas que, aún hoy, exigen la superación de los bloqueos institucionales que se presentan en los sectores



Justicia han manifestado en ciertos momentos un abierto rechazo a este tipo de medidas. Una clara muestra de esta actitud se encuentra en la aprobación de la *Federal Prison Litigation Reform Act*<sup>112</sup> de 1996. El Congreso pretendió reducir de manera drástica la intervención de los tribunales en la administración de los centros penitenciarios restringiendo la posibilidad que tenían los reclusos para interponer demandas judiciales en contra de funcionarios del Estado y limitando la actuación de los jueces en este ámbito.

De acuerdo con la investigación realizada por SMITH Y NELSON<sup>113</sup>, el efecto general de esta ley ha sido ambiguo. Si bien se ha conseguido el resultado principal que había sido trazado, pues efectivamente se redujo la cantidad de demandas interpuestas y se concluyó un número importante de litigios estructurales que se hallaban en curso, no hay datos que permitan sostener que la ley haya disuadido verdaderamente a los jueces de optar por este tipo de actuaciones<sup>114</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia también se ha opuesto de manera episódica a este activo involucramiento de los tribunales en la administración de las cárceles. En el proceso *Lewis vs. Casey*<sup>115</sup>, la Corte anuló una sentencia emitida por el Tribunal del Distrito de Arizona que ordenaba una profunda revisión de las políticas implementadas en las prisiones de ese estado para permitir la preparación de la defensa legal de los detenidos dentro de los centros penitenciarios. Al revocar el fallo, la Corte Suprema declaró que la decisión de ordenar «un cambio detallado y sistemático» del material bibliográfico ofrecido en las bibliotecas y del servicio de asistencia legal

---

tradicionalmente intervenidos por los jueces. Se trata de las áreas de la educación, la salud mental, las prisiones, la policía y la vivienda. SABEL Y SIMON, Op. Cit., p. 1018; STURM, Op. Cit., p. 809.

<sup>112</sup> *Prison Litigation Reform Act*, Pub. L. n.º 104-134, section 801, STAT. 1321 (1996).

<sup>113</sup> SMITH, CHRISTOPHER Y NELSON, CHRISTOPHER, «Perceptions of the Consequences of the Prison Litigation Reform Act: A Comparison of State Attorneys General and Federal District Judges» en *The Justice System Journal*, vol. 23, n.º 3, 2002, pp. 295-316.

<sup>114</sup> Los autores arribaron a esta conclusión con base en la realización de encuestas a magistrados de Tribunales de Distrito y a *state attorneys general*. Dicho ejercicio demostró que no existe acuerdo sobre si, en efecto, la ley ha conseguido modificar de algún modo la proclividad de los jueces a realizar intervenciones judiciales de esta naturaleza. A su vez, comprobó que tampoco hay consenso sobre el nivel de cumplimiento que han dado los jueces a los requisitos consignados en la ley antes de emitir una orden estructural. Íbid.

<sup>115</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 24 de junio de 1996, caso 518 U.S. 343 (1996), asunto *Lewis vs. Casey*.

prestado a los detenidos, constituía una «orden excesivamente intrusiva» [*It is an inordinately intrusive order*]<sup>116</sup>.

Por último, en el caso *Bell vs. Wolfish*<sup>117</sup> la Corte revocó una sentencia en la que se había ordenado una modificación estructural de los protocolos de tratamiento a los detenidos. El asunto había arribado a los tribunales debido a la interposición de una *class action* por parte de un grupo de presos que se encontraban confinados en el *Metropolitan Correctional Center*, en la ciudad de Nueva York. Con base en las pruebas practicadas, el Tribunal de Distrito declaró en primera instancia que las condiciones en que se hallaban quienes estaban bajo detención preventiva eran contrarias a la Constitución. En consecuencia, ordenó la realización de una importante reforma de las instalaciones de la cárcel y un concienzudo examen de las reglas sobre el tratamiento ofrecido a los detenidos<sup>118</sup>.

Al pronunciarse sobre este caso, la Corte Suprema aprovechó la oportunidad para censurar lo que calificó entonces como una *desmedida intervención de los jueces*. De manera puntual manifestó que, a pesar de los resultados positivos que pudieran ser atribuidos a la labor judicial, «buena parte de los mismos tribunales, en el nombre de la Constitución, se han visto enmarañada de manera creciente [*increasingly enmeshed*] en la minucia del funcionamiento de las prisiones»<sup>119</sup>. Declaró que el activo involucramiento de los jueces en estos asuntos es obra de aquella tendencia natural que mueve a los hombres a considerar las soluciones propias como mejores que las ajenas. Sobre el particular, la Corte indicó que desde la perspectiva de la Constitución, «la primera pregunta que debe ser contestada no es cuál es el mejor plan, sino cuál es el poder del Estado que se encuentra autorizado para diseñar dicho plan»<sup>120</sup>. Con

---

<sup>116</sup> Sobre el particular, la Corte Suprema indicó que al emitir esta orden el Tribunal había desconocido los precedentes establecidos en los casos *Turner vs. Safley* y *Preiser vs. Rodriguez*, según los cuales los jueces se encuentran llamados a mostrar deferencia frente a las decisiones adoptadas por las autoridades penitenciarias. Con fundamento en lo anterior, la Corte precisó que estos funcionarios son quienes han de decidir, en primer lugar, cuáles son los remedios que han de ser empleados para resolver las dificultades que se presenten en los centros de reclusión. *Ibid.*

<sup>117</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 14 de mayo de 1979, caso 441 US 520 (1979), asunto *Bell vs. Wolfish*.

<sup>118</sup> Entre otras medidas, el Tribunal ordenó modificar el alojamiento ofrecido a quienes no habían recibido una sentencia en su contra, de modo que no tuvieran que compartir habitación; dispuso moderar las restricciones que impedían a estos presos recibir libros de quienes los visitaban, además de comida e implementos para uso personal; determinó prohibir en el caso de los presos bajo detención preventiva la práctica de requisas que incluyeran exploraciones en las cavidades corporales.

<sup>119</sup> *Bell vs. Wolfish*.

<sup>120</sup> *Ibid.*

fundamento en lo anterior, manifestó que en estos litigios la labor de los tribunales debía limitarse a verificar únicamente que en las prisiones no fuesen desconocidas las prohibiciones establecidas en la Constitución y en las leyes estatales.

Con este último comentario se da por concluida la presentación de las sentencias unidireccionales. A continuación, se hace el análisis de la incipiente expansión del amparo estructural de los derechos en la jurisprudencia de los tribunales regionales de derechos humanos.

## CAPÍTULO II

### EL AMPARO ESTRUCTURAL EN LOS SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

*(2.1.) Una precisión conceptual y metodológica; (2.2.) Las sentencias piloto del Tribunal de Estrasburgo: ¿instrumento de descongestión judicial o punta de lanza para la intervención en asuntos políticos?; (2.2.1.) Características generales de las sentencias piloto; (2.2.2.) Falencias estructurales relacionadas con el funcionamiento del Poder Judicial; (2.2.3.) ¿Hacia un incremento del grado de intervención del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos de la política interna?; (2.3.) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la creación judicial de políticas públicas; (2.3.1.) Restablecimiento de los derechos al territorio y a la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas; (2.3.2.) Transformación institucional de los procedimientos y de los protocolos empleados por las autoridades nacionales; (2.3.3.) Adecuación de los sistemas penitenciarios a los estándares internacionales contenidos en la Convención Americana; (2.3.4.) Creación de políticas públicas educativas dirigidas a evitar las violaciones de los derechos humanos*

#### ***(2.1.) Una precisión conceptual y metodológica***

Si bien el objeto de esta investigación se circunscribe al análisis de los fallos estructurales dentro de los ordenamientos jurídicos internos, es oportuno hacer alusión al particular desarrollo que ha tenido este fenómeno en los sistemas regionales de protección de derechos humanos. Antes de entrar en materia, conviene advertir que el estudio que se adelanta en los capítulos siguientes —los cuales pretenden desentrañar el origen y las consecuencias del amparo estructural— no ha tomado como referencia los fallos expedidos por el Tribunal de Estrasburgo o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La exclusión de estas decisiones se debe a que no es posible explicar la evolución histórica o los efectos que tales fallos han producido con base en las mismas razones que permiten comprender el devenir de las sentencias de los tribunales nacionales. Pues la lógica procesal a la que obedecen los tribunales regionales, el lugar que ocupan en los ordenamientos domésticos, las especiales competencias que desempeñan, y aun el peculiar trasfondo político que rodea a sus decisiones, son condiciones enteramente diferentes a las que encuentran los tribunales que aquí se analizan. En consecuencia, pese a que en ambos casos el surgimiento de estas decisiones demuestra que la intervención de los jueces en ámbitos anteriormente reservados a las autoridades representativas es un acontecimiento cada vez menos

inusual, ello en modo alguno supone que todas las sentencias estructurales puedan ser analizadas bajo una misma perspectiva.

Dicho lo anterior, se procede a hacer una sucinta presentación de las principales características de los fallos regionales que han sido aprobados en este campo. Se inicia dicho estudio haciendo referencia a las sentencias piloto [*pilot judgments*] que, a partir del año 2004, han hecho incursión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación, se describen los fallos que en el continente americano han ordenado a los Estados implementar políticas públicas para amparar los derechos de sus ciudadanos.

## ***(2.2.) Las sentencias piloto del Tribunal de Estrasburgo: ¿instrumento de descongestión judicial o punta de lanza para la intervención en asuntos políticos?***

Uno de los problemas más acuciantes que enfrenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la cantidad de demandas que amenaza con anegar los estrados judiciales en Estrasburgo<sup>121</sup>. A partir de la década de los años noventa se ha producido un visible incremento del flujo de tales peticiones como consecuencia de las siguientes causas<sup>122</sup>: por un lado, la masiva incorporación al Consejo de Europa de los antiguos países socialistas del centro y del este del continente provocó un extraordinario aumento del número de personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Tribunal. El número total de demandantes potenciales pasó de 450 millones a más de 800 tras la adhesión de dichos países a la organización europea. En segundo lugar, la aprobación del Protocolo Número Once adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales —que entró en vigor en el año de 1998— ha producido una considerable ampliación de la carga de trabajo adosada al Tribunal. En atención a que el instrumento eliminó la Comisión Europea de Derechos Humanos —órgano que se encargaba, entre otras labores, de filtrar los casos sometidos a consideración del

---

<sup>121</sup> De acuerdo con el informe elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el número de demandas pendientes de decisión para el 1 de enero de 2014 ascendía a la cifra de 99.900. REGISTRY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Annual Report 2014*, Estrasburgo, 2015, p. 163. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_Report\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf)

<sup>122</sup> HAIDER, DOMINIK, *The Pilot—Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013, p. 3-9; SAINATI, TATIANA, «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot—Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», en *Harvard International Law Journal*, vol. 56, n.º 1, 2015, pp. 147-205.

Tribunal— este último se ha visto obligado a asumir funciones que han alterado tanto su *modus operandi* como el ritmo de sus actuaciones. Por último, es preciso anotar que el recurso a este sistema por parte de los ciudadanos se ha consolidado como una práctica habitual en gran parte de los países que han suscrito el Convenio Europeo. La acción conjunta de tales factores ha ocasionado una notable congestión del Tribunal, que, a su vez, ha impulsado la adopción de medidas encaminadas a garantizar su adecuado funcionamiento<sup>123</sup>.

Dentro de este particular contexto se enmarca la aparición de las sentencias piloto. Tales decisiones han sido implementadas con el objetivo de remediar una de las causas fundamentales del gran número de demandas interpuestas ante el Tribunal. Se trata de los recursos repetitivos [*repetitive applications*] que someten a su conocimiento situaciones que producen violaciones generalizadas de los derechos que se encuentran consignados en la Convención. En palabras del Tribunal, en estos procesos «los hechos del caso revelan la existencia, dentro del ordenamiento [del Estado correspondiente], de una falla como consecuencia de la cual todo un grupo de individuos ha sufrido, o continúa padeciendo, la violación [de sus derechos o libertades]»<sup>124</sup>. Una vez el Tribunal resuelve emplear este procedimiento, en vez de limitarse a declarar la violación del derecho de quien ha interpuesto la acción, exhorta a las autoridades a adoptar medidas generales dirigidas a solventar el *problema sistémico*<sup>125</sup> que subyace a la petición correspondiente. Sobre el particular, en el fallo *Hutten-Czapska vs. Polonia*, el Tribunal manifestó lo siguiente:

Una de las implicaciones fundamentales del procedimiento de las sentencias piloto es que la evaluación hecha por el Tribunal sobre la situación denunciada en un caso piloto se

---

<sup>123</sup> Tales medidas, según lo demuestran las estadísticas suministradas por el Tribunal, han sido altamente eficaces. El número de demandas pendientes de decisión para el 1 de enero de 2016 era de 64.850, mientras que dicha cifra fue de 69.900 para la misma fecha del año anterior. En el año 2011 se produjo la mayor congestión del Tribunal en su historia, cuando el número de estas demandas ascendió a 151.600. En consecuencia, gracias a las reformas que han sido introducidas, al cabo de cinco años se ha conseguido una reducción correspondiente al 58%. Al respecto, ver EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Analysis of Statistics 2015*, enero de 2016. Recuperado el día 3 de febrero de 2016. El documento está disponible para consulta en [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2015\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf).

<sup>124</sup> STEDH del 22 de junio de 2004, demanda número 31443/96, asunto *Broniowski vs. Polonia*.

<sup>125</sup> Según ha sido anotado por LAMBERT ABDELGAWAD, «Es verdad que el Tribunal tiene una marcada tendencia a emplear indiferentemente los términos “sistémico”, “estructural” o “problema a gran escala” para designar el mismo fenómeno». LAMBERT ABDELGAWAD, ELISABETH, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», en *Revista de Derecho Político*, n.º 69, UNED, 2007, pp. 355-383, p. 362.

extiende, de manera forzosa, más allá de los intereses exclusivos del demandante y requiere, por tanto, que el estudio correspondiente sea realizado desde la perspectiva de las medidas generales que deben ser adoptadas en interés de las personas potencialmente afectadas<sup>126</sup>.

Ahora bien, es preciso destacar que, a diferencia de lo ocurrido en las demás decisiones referidas en esta investigación, las sentencias piloto no son un producto netamente jurisprudencial. A su creación han contribuido las autoridades del Consejo de Europa, hecho que ha atenuado en parte las previsibles críticas fundadas en la legalidad y en la legitimidad de tales actuaciones<sup>127</sup>. El Comité de Ministros aprobó en el año 2004 dos resoluciones dirigidas al Tribunal y a los Estados parte del Convenio que sirvieron de fundamento para el surgimiento de las sentencias en cuestión. La primera de ellas es la Recomendación (2004)6 «sobre la mejora de los recursos domésticos». En ella exhortó a los Estados a «revisar, luego de las sentencias del Tribunal que apuntan la existencia de fallas estructurales o generales en el derecho nacional, o en su práctica, la efectividad de los recursos domésticos existentes y, en caso de ser necesario, establecer recursos efectivos, a fin de evitar la presentación de casos repetitivos ante el Tribunal»<sup>128</sup>. En la misma fecha, el Comité expidió la Resolución (2004)3 «sobre los fallos que revelan un problema sistémico subyacente»<sup>129</sup>. En ella invitó al Tribunal a identificar en sus sentencias los casos que revelaran la existencia de violaciones sistemáticas del Convenio y a establecer, de igual manera, las causas específicas de las

---

<sup>126</sup> STEDH del 19 de junio de 2006, demanda número 35014/97, asunto *Hutten-Czapska vs. Polonia*.

<sup>127</sup> No obstante, dentro del propio Tribunal se ha cuestionado el fundamento jurídico de las sentencias piloto. En el voto parcialmente disidente que acompaña al fallo *Hutten-Czapska vs. Polonia*, el juez Zagrebelsky manifestó que, si bien es preciso reconocer la importancia de las resoluciones que han impulsado la expedición de estos fallos, no se debe ignorar que la propuesta hecha por el Tribunal para que fuesen incluidos dentro del Protocolo número 14 no prosperó. Por otra parte, advirtió que las sentencias piloto «socavan la relación entre los dos pilares del sistema de la Convención —el Tribunal y el Comité de Ministros—», al otorgar a aquél funciones que desbordan el margen de sus competencias. Por último, apuntó que dicho procedimiento promueve la intervención del Tribunal «en el campo de la política» interna de los Estados, lo que desconocería el papel que el Tribunal debe cumplir con arreglo al modelo esbozado en el Convenio Europeo. *Hutten-Czapska vs. Polonia*, cit., Partly dissenting opinion of Judge Zagrebelsky.

<sup>128</sup> COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114ª. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(2004\)6&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(2004)6&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&direct=true)

<sup>129</sup> COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114ª. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190)

que estas proceden. A su vez, le solicitó que en tales decisiones brindara asistencia a los Estados para que pudieran implementar las soluciones más apropiadas a fin de evitar la interposición de numerosas demandas con fundamento en los mismos hechos. Finalmente, instó al Tribunal a prestar la misma orientación al Comité de Ministros para que pudiese adelantar de manera adecuada el seguimiento de la ejecución de estas sentencias.

Para terminar, es menester hacer referencia al informe elaborado por el Comité Directivo para los Derechos Humanos que fue presentado en el mes de mayo de 2003<sup>130</sup>. Con arreglo a dicho reporte, el cual tenía por objeto analizar los principales retos que enfrentaba el sistema europeo de protección de derechos humanos, no resultaba necesario introducir cambios normativos en el Convenio para que las sentencias piloto pudieran ser utilizadas. Según fue señalado por el Comité, el empleo de tales decisiones no reñiría con el modelo de actuación judicial implícito en el tratado, por consiguiente el Tribunal estaría plenamente autorizado para hacer uso de este procedimiento a fin de resolver la grave congestión judicial que se pretendía remediar<sup>131</sup>.

Un mes después de la aprobación de las resoluciones del Comité de Ministros, el Tribunal de Estrasburgo expidió la primera sentencia piloto. En la sesión celebrada el 22 de junio de 2004, la Gran Sala suscribió el fallo *Broniowski vs. Polonia*, en el que declaró que la violación descubierta en el caso concreto tenía origen «en un *problema sistémico* asociado al inadecuado funcionamiento de la legislación doméstica y a su práctica, causado por la falta de un mecanismo efectivo para implementar el derecho [en cuestión]» (énfasis fuera de texto)<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *Guaranteeing the Long-Term Effectiveness of the European Court of Human Rights: Implementation of the Declaration Adopted at its 112th Session (14-15 May 2003)*, Interim Activity Report. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/reformcollectedtexts\\_e.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/reformcollectedtexts_e.pdf)

<sup>131</sup> Conviene señalar que el 27 de febrero de 2011 el Tribunal introdujo una reforma a su reglamento con el objetivo de regular la materia. El inciso primero de la norma aprobada —artículo 61— dispone que «El Tribunal podrá iniciar un procedimiento de sentencia piloto y emitir un fallo piloto donde los hechos de una demanda revelen en el Estado signatario demandado la existencia de un problema estructural o sistémico, u otra disfunción similar, que dé lugar, o pueda dar lugar, a demandas similares». Los apartados siguientes establecen reglas sobre la sustanciación de estos procesos y el alcance de las obligaciones creadas por los fallos en cuestión. Dicha reglamentación recoge la práctica jurisprudencial que se había impuesto desde la aparición de estas decisiones, de forma que no ha planteado cambios importantes en el proceder del Tribunal.

<sup>132</sup> *Broniowski vs. Polonia*, cit. Parte resolutive, par. 3.



La demanda que dio inicio a este proceso fue promovida por un ciudadano polaco que denunció la violación del artículo 1 del Protocolo Número 1 que extiende la protección del Convenio al derecho a la propiedad. Dicha petición formaba parte de un grupo más amplio de demandas que, de manera separada, habían sido interpuestas con el propósito de obtener el pago de indemnizaciones adeudadas por el Estado por hechos que se remontan a la terminación de la II Guerra Mundial. Como consecuencia de la modificación que se hizo entonces de las fronteras de Polonia, miles de nacionales que poblaban la vera oriental del río Bug fueron repatriados y tuvieron que abandonar sus propiedades. El territorio remanente fue distribuido entre los Estados de Ucrania, Bielorrusia y Lituania; mientras que Polonia asumió la obligación de indemnizar a las personas afectadas por la nueva demarcación limítrofe. Pese a que la mayoría de ellas recibió una adecuada compensación por el daño patrimonial causado, algunos de los perjudicados —como ocurrió en el caso del señor Broniowski— recibieron sumas exiguas que no reparaban las pérdidas sufridas. Otros tantos, por su parte, no obtuvieron ningún tipo de satisfacción económica<sup>133</sup>.

Tras comprobar que dicha situación afectaba a un número aproximado de 80.000 personas —de las cuales 167 tenían procesos pendientes de decisión en Estrasburgo—, el Tribunal resolvió ordenar el restablecimiento de los derechos de todos los damnificados. En consecuencia, en la parte resolutive del fallo declaró que «el Estado demandado debe garantizar, a través de medidas legales apropiadas y prácticas administrativas, la implementación del derecho a la propiedad en cuestión respecto de los demás reclamantes del río Bug, u ofrecerles una reparación equivalente»<sup>134</sup>. De otro lado, teniendo en cuenta que las *medidas generales* impuestas al Estado habrían de incidir en las demandas que aguardaban a ser decididas en Estrasburgo, el Tribunal dispuso la suspensión de estos procesos.

---

<sup>133</sup> GARLICKI, LECH, «Broniowski and After: On the Dual Nature of “Pilot Judgments”», en CAFLISCH, LUCIUS et al. (ed.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights-Strasbourg Views*, Colonia, N.P. Engel, 2007, pp. 177-192, p. 178.

<sup>134</sup> Al indicar el modo como Polonia debía proceder para restablecer los derechos conculcados, el Tribunal dio un vuelco a la práctica que se había impuesto hasta entonces en torno a la ejecución de sus decisiones. Según el uso tradicional, únicamente correspondería al Tribunal declarar la infracción del Convenio. Los Estados responsables, por su parte, se encargarían de adoptar las medidas que estimaran pertinentes para resarcir los daños producidos. Con arreglo a este planteamiento, en ningún caso el Tribunal podría indicar el tipo de actuaciones que tendrían que ser adoptadas para dar cumplimiento a sus decisiones. Sobre las implicaciones del cambio jurisprudencial que han obrado las sentencias piloto en este campo, ver ABRISKETA URIARTE, JOANA, «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a Legislador» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013, n.º 1, pp. 73-99.

Un año después de la expedición del fallo, el Parlamento nacional promulgó una ley —conocida como Ley Broniowski— que ofrecía reparaciones económicas a todas las personas afectadas por el alindamiento de la frontera oriental del Estado sobre el río Bug. Pese a que la iniciativa presentada por el Ejecutivo proponía limitar el monto de las indemnizaciones hasta un máximo del 15% del valor original de las propiedades, el Legislador decidió elevar este límite hasta un 20%. La expedición de dicha ley fue valorada positivamente por el Tribunal de Estrasburgo en la decisión emitida a propósito del acuerdo amistoso que fue suscrito entre las partes<sup>135</sup>. En opinión de los magistrados, Polonia habría demostrado un «compromiso activo» en la implementación de acciones dirigidas a resolver el problema analizado en el fallo, razón que los impulsó a excluir dicho caso del listado de asuntos pendientes<sup>136</sup>. Para terminar, conviene señalar que el proceso fue clausurado de manera definitiva en el año 2008 con la decisión de suprimir del aludido listado las 167 demandas cuyo trámite fue suspendido en la sentencia<sup>137</sup>.

### ***(2.2.1.) Características generales de las sentencias piloto***

Antes de proseguir con el relato de otras decisiones análogas, es menester realizar un comentario sobre las características que distinguen a estos fallos y —lo que más importa de cara a esta investigación— sobre su relación con el amparo estructural. En cuanto a lo primero, si bien no todas las sentencias piloto comparten los mismos atributos de *Broniowski*, es posible reconocer en ellas la presencia de dos rasgos comunes. En primer lugar, según se ha dicho, son una herramienta utilizada para remediar *problemas sistémicos* que ocasionan violaciones generalizadas de los derechos consignados en la Convención. En ese sentido, pese a que las demandas promovidas ante el Tribunal tienen una marcada impronta individualista, pues pretenden obtener la reivindicación de derechos subjetivos y no la corrección de defectos estructurales de las

---

<sup>135</sup> STEDH del 28 de septiembre de 2005 (acuerdo amistoso), demanda número 31443/96, asunto *Broniowski vs. Polonia*.

<sup>136</sup> En opinión de BUYSE, la aludida valoración de las medidas emprendidas por el Estado produce un solapamiento —y, por tanto, una fricción— entre las competencias atribuidas al Tribunal y al Comité de Ministros. Pues, con arreglo a lo dispuesto en el Convenio, corresponde a este último llevar a cabo la supervisión del cumplimiento de las sentencias. BUYSE, ANTOINE, «The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges», en *Law of Ukraine*, n.º. 3, 2013, pp. 303-317.

<sup>137</sup> STEDH del 23 de septiembre de 2008, demanda número 50425/99, asunto *E.G. vs. Polonia*.

políticas de derechos humanos, es evidente que el uso de esta técnica desemboca en la ejecución del *giro tutelar* referido en el capítulo anterior<sup>138</sup>. Según se indicó entonces, una de las características de las sentencias estructurales consiste en que son expedidas en el marco de procesos judiciales creados para la protección de derechos individuales. El giro tutelar al que se hace referencia designa el vuelco que realizan los tribunales para hacer de ellos escenarios para la protección global de los derechos conculcados. Según este criterio, las sentencias piloto guardan un estrecho parentesco con los fallos estructurales. Prueba de ello se encuentra en el considerable número de personas que, sin haber participado en estos procesos, acaban por verse favorecidas como resultado de la actuación del Tribunal.

La segunda característica de las sentencias piloto estriba en que, además de advertir la existencia de un problema de esta índole, ordenan la adopción de *medidas generales* que procuren su solución definitiva. En ese sentido, imponen la ejecución de reformas que requieren, entre otras labores, un ejercicio previo de planeación, el diseño de una estrategia de coordinación entre las autoridades nacionales e, invariablemente, la disposición de recursos económicos suficientes para adelantar las acciones previstas por los Estados. Todo lo anterior encuadra en la caracterización que se ha hecho de los fallos estructurales como órdenes complejas. De acuerdo con la explicación de dicho atributo<sup>139</sup>, la complejidad de estas decisiones se traduce en que —a diferencia de los mandatos de *dar, hacer o no hacer* que se emiten en los procesos ordinarios— aquellas exigen la realización de arduas tareas que demandan un decidido esfuerzo institucional. Tal como lo demuestra el fallo Broniowski y los demás casos que se refieren a continuación, la exigencia de dicho esfuerzo salta a la vista en las sentencias piloto, pues buena parte de ellas obligan la implementación de políticas públicas a los Estados vencidos en estos procesos<sup>140</sup>.

---

<sup>138</sup> Vid supra 1.5.

<sup>139</sup> Vid supra 1.3.

<sup>140</sup> Con fundamento en la envergadura de los propósitos que se traza el Tribunal en estos casos, ABRISKETA ha concluido que «el procedimiento de las sentencias piloto no es pues *solo* una fórmula para reducir el número de demandas ante el Tribunal. Es aún más. Por su carácter prospectivo, el TEDH utiliza esta técnica con una visión más amplia, la de transformar su función para centrarse en los asuntos de mayor entidad (problemas sistémicos) y servir así de referente último a las autoridades nacionales (indicando las medidas generales), inspirado por la idea de construir un orden público europeo». ABRISKETA, Op. Cit., p. 82.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta las implicaciones de las dos características principales que definen las sentencias piloto<sup>141</sup>, no cabe duda de que ellas son una manifestación del fenómeno que se analiza en esta investigación. De acuerdo con la clasificación propuesta, son decisiones declarativas porque el Tribunal únicamente proclama la violación generalizada del derecho en cuestión y la obligación —internacional, en este caso— de adoptar acciones de carácter global para corregir las causas que la provocan. De tal manera, pese a que se sugiere el sentido hacia el cual debe orientarse el proceder del Estado, corresponde a este último —como no cabría esperar cosa distinta tratándose del sistema europeo de derechos humanos— decidir las medidas concretas que han de ser implementadas para dar cumplimiento al fallo.

Por otra parte, el carácter estructural de estas decisiones se corrobora al observar, como lo anota HAIDER, que «en varias sentencias piloto el Tribunal no considera que su labor ha concluido con la expedición de la sentencia»<sup>142</sup>. Aunque el Comité de Ministros es el órgano encargado de supervisar la ejecución de las decisiones judiciales, en repetidas oportunidades el Tribunal se ha pronunciado sobre la idoneidad de las medidas pergeñadas por los Estados para dar cumplimiento a las sentencias piloto. Con arreglo a la práctica que se ha impuesto, suele llevar a cabo tal valoración en los dos siguientes escenarios: en las decisiones que libra cuando las partes han alcanzado un acuerdo amistoso<sup>143</sup>, o bien —una vez se ha puesto en marcha el recurso doméstico exigido en la sentencia— en el momento en que aquel decide si es procedente el retiro de las demandas que han sido interpuestas por los mismos hechos del listado de asuntos pendientes. Concluido este comentario, se reanuda la presentación de las sentencias piloto más sobresalientes del Tribunal.

---

<sup>141</sup> En opinión de un sector de la doctrina, habría que añadir un tercer elemento a esta caracterización de las sentencias piloto. Se trata de la suspensión de los procesos que se encuentran pendientes de decisión ante el Tribunal de Estrasburgo. Si bien dicha medida es una práctica relativamente habitual, un número importante de casos que han sido decididos con arreglo a este procedimiento no han incluido esta previsión. Lo anterior ha ocurrido en las sentencias *Ananyev and Others vs. Rusia*, *Finger vs. Bulgaria* y *Yuriy Nikolayewich Ivanov vs. Ucrania*, razón por la cual no parece acertado sostener que la aludida suspensión sea un componente esencial de estas decisiones. Entre los autores que sostienen la tesis contraria se encuentran ABRISKETA, Op. Cit., y POPOVIĆ, DRAGOLJUB, «Pilot Judgments of the ECtHR» en COUNCIL OF EUROPE/STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (ed.), *Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2009.

<sup>142</sup> HAIDER, Op. Cit., p. 47.

<sup>143</sup> Así ocurrió en las sentencias *Broniowski* y *Hutten-Czapska vs. Polonia*.

### ***(2.2.2.) Falencias estructurales relacionadas con el funcionamiento del Poder Judicial***

El proceso *Rumpf vs. Alemania*<sup>144</sup>, resuelto en el año 2010 por la Sección Quinta, es un interesante caso que revela que las sentencias piloto no han sido utilizadas únicamente en controversias que involucran a miembros recientes del Consejo de Europa. En dicha oportunidad el Estado alemán fue condenado por una de las causas más recurrentes que han argüido sus ciudadanos en las demandas interpuestas ante el sistema europeo. Se trata de la demora excesiva de los procedimientos judiciales domésticos. En atención a que entre los años 1959 y 2009 se emitieron más de cuarenta condenas en su contra por este motivo<sup>145</sup>, y a que solo en el año 2009 se declaró en trece oportunidades la responsabilidad del Estado por la violación de lo dispuesto en el artículo 6.1. de la Convención, el Tribunal resolvió ordenar la adopción de medidas generales para solventar de manera definitiva dicha situación. La urgencia de imponer este arreglo fue explicada en la sentencia en cuestión en los siguientes términos: «El Tribunal considera apropiado aplicar el procedimiento de las sentencias piloto en el presente caso teniendo en cuenta, especialmente, la naturaleza persistente y recurrente de los problemas [detectados], el número de personas afectadas por ellos en Alemania y la necesidad de otorgar una reparación pronta y adecuada a nivel nacional». En ese sentido, destacó que los hechos planteados en el caso concreto —los cuales referían una tardanza superior a trece años en la decisión de una demanda— no eran un incidente aislado, sino el resultado de una deficiencia estructural en el funcionamiento del Poder Judicial. En consecuencia, ordenó al Estado la implementación de un «recurso doméstico efectivo, o una combinación de tales recursos capaces de asegurar una compensación adecuada y suficiente por la demora excesiva de los procedimientos». De igual manera, precisó que tal reparación debía ser ofrecida en el término de un año a las demás personas con procesos pendientes de decisión ante el Tribunal por estas mismas razones. Tales demandas fueron suspendidas durante un año, lapso durante el que

---

<sup>144</sup> STEDH del 2 de diciembre de 2010, demanda número 46344/06, asunto *Rumpf vs. Alemania*.

<sup>145</sup> El fallo *Sümerli vs. Alemania*, dictado por la Gran Sala el día 8 de junio de 2006, es uno de los antecedentes más importantes de esta decisión. STEDH del 8 de junio de 2006, demanda número 75529/01, asunto *Sümerli vs. Alemania*.

Alemania tendría que implementar efectivamente el recurso que habría de resolver el problema general señalado<sup>146</sup>.

Dentro del término concedido, el Parlamento alemán aprobó una ley «Contra el retraso en los procedimientos judiciales y sobre las investigaciones penales». Además de introducir un conjunto de instrumentos procesales encaminados a acelerar el curso de los procedimientos, la ley en cuestión dispuso la creación de un recurso para reclamar la indemnización de los daños provocados por la mora judicial. Por último, conviene señalar que, con fundamento en la adopción de estas medidas, el Tribunal ha declarado inadmisibles las demandas que luego de la entrada en vigencia de la ley han sido interpuestas contra Alemania por estos mismos hechos<sup>147</sup>.

Un año antes de *Rumpf*, el Tribunal aprobó una sentencia piloto en la que también se pronunció sobre un problema asociado al funcionamiento del Poder Judicial. Hacemos referencia al proceso *Burdov vs. Rusia (n.º 2)*<sup>148</sup>, en el que se dictó una condena en contra del Estado por la falta de ejecución de las decisiones emitidas por sus tribunales nacionales. La demanda que dio inicio a este proceso fue interpuesta por un

---

<sup>146</sup> Pese a que hasta la fecha no se han expedido sentencias piloto en contra del Estado italiano por este mismo motivo, el Tribunal ha hecho un diagnóstico muy similar al realizado en el caso alemán. Según fue señalado en el fallo *Botazzi vs. Italia*, en el período comprendido entre los años 1987 y 1999 el Estado fue condenado en 65 oportunidades debido a la demora excesiva de los procedimientos judiciales. Con el objetivo de remediar la ausencia de un recurso interno que permitiera reclamar la indemnización de los daños provocados por esta causa, el Parlamento italiano promulgó una ley conocida como *Legge Pinto*, que establece un sistema de compensación económica para quienes son sometidos a estas dilaciones. Sin embargo, la creación de dicho recurso no ha sido acompañada de medidas encaminadas a resolver el problema denunciado por el Tribunal, por ende no ha disminuido la cantidad de demandas interpuestas por esta razón en contra del Estado. A lo anterior es preciso añadir que en el fallo *Scordino vs. Italia*, el Tribunal manifestó que existían notables diferencias entre las compensaciones otorgadas por él y las que han sido concedidas por la jurisprudencia nacional, lo que —según se indicó en el fallo— podría dar lugar a la revisión de tales indemnizaciones en Estrasburgo. Al respecto, ver STEDH del 28 de julio de 1999, demanda número 34884/97, asunto *Botazzi vs. Italia*; STEDH del 29 de marzo de 2006, demanda número 36813/06, asunto *Scordino vs. Italia*.

<sup>147</sup> STEDH del 29 de mayo de 2012, demanda número 53126/07, asunto *Taron vs. Alemania*; STEDH del 29 de mayo de 2012, demanda número 19488/09, asunto *García Cancio vs. Alemania*; STEDH del 22 de enero de 2013, demanda número 41394/11, asunto *Bandelin vs. Alemania*. Por otra parte, es menester señalar que el Tribunal ha dictado otras sentencias piloto que abordan el mismo problema de la morosidad judicial. Al respecto, ver STEDH del 21 de diciembre de 2010, demanda número 50973/08, asunto *Vassilios Athanasiou y Otros vs. Grecia*; STEDH del 10 de mayo de 2011, demandas número 48059/06 y 2708/09, asunto *Dimitrov y Hamanov vs. Bulgaria*; STEDH del 10 de mayo de 2011, demanda número 37346/05, asunto *Finger vs. Bulgaria*; STEDH del 20 de marzo de 2012, demanda número 24240/07, asunto *Ümmühan Kaplan vs. Turquía*.

<sup>148</sup> STEDH del 15 de enero de 2009, demanda número 33509/04, asunto *Burdov vs. Rusia (n.º 2)*. Al respecto, ver LEACH, PHILIP, HARDMAN, HELEN Y STEPHENSON, SVETLANA, «Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systematic Human Rights Violations?: Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia», en *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 2, n.º 10, pp. 346-359.

ciudadano que denunció la violación de lo dispuesto en los artículos 6.1. de la Convención —derecho a un proceso equitativo— y 1 del Protocolo Número 1 —derecho a la propiedad—. La infracción de tales normas se produjo como consecuencia del incumplimiento de tres sentencias que ordenaban la provisión de ayudas sociales al demandante, quien había sufrido graves daños en su salud luego de trabajar al servicio del Estado en labores de descontaminación y limpieza de algunas zonas afectadas por el accidente nuclear de Chernóbil.

Luego de constatar que el ordenamiento interno no ofrecía recursos judiciales para solicitar el amparo de los derechos infringidos, el Tribunal manifestó que el incumplimiento de los fallos nacionales por parte de la Federación Rusa constituía un problema sistémico que requería la adopción de medidas generales. La gravedad de dicha situación se reflejaba en el número de condenas expedidas hasta entonces en su contra —ascendían a 200 fallos— y en la cantidad de procesos pendientes de decisión por este mismo motivo —cifra que se aproximaba a un total de 700 causas judiciales—. Así pues, con el propósito de contener el alud de demandas, el Tribunal declaró en la parte resolutive del fallo que el Estado debía «establecer, dentro del término de seis meses (...), un recurso interno efectivo, o una combinación de tales recursos, que aseguren una reparación adecuada y suficiente por la inejecución o aplicación morosa de los fallos domésticos». En cuanto a los demás procesos que habían sido promovidos por hechos similares, dispuso la suspensión de estas causas durante el término de un año y ordenó el otorgamiento de la anterior reparación a todas las personas que interpusieron sus demandas antes de la expedición de la sentencia<sup>149</sup>.

Pese a que el 4 de mayo de 2010 entraron en vigor dos leyes nacionales que regularon el resarcimiento de los perjuicios causados por las demoras de los procedimientos judiciales, el Tribunal ha declarado en fallos posteriores que aún no existe un recurso eficaz que permita obtener el restablecimiento de los derechos infringidos por esta causa<sup>150</sup>. Con fundamento en lo anterior, ha advertido que el recurso

---

<sup>149</sup> Resulta oportuno señalar que el Tribunal ha empleado en dos casos adicionales el procedimiento de las sentencias piloto para enmendar el incumplimiento de las órdenes judiciales emitidas dentro de los ordenamientos domésticos. STEDH del 15 de octubre de 2009, demanda número 40450/04, asunto *Yuriy Nikolayevich Ivanov vs. Ucrania*; STEDH del 1 de julio de 2014, demanda número 29920/05 et seq., asunto *Gerasimov y Otros vs. Rusia*.

<sup>150</sup> STEDH del 17 de abril de 2012, demanda número 5734/08 et seq., asunto *Ilyushkin and Others vs. Rusia*; STEDH del 17 de abril de 2012, demanda número 16967/10 et seq., asunto *Kalinkin and Others vs. Rusia*.

ante el sistema europeo es el único instrumento del que aún disponen quienes son sometidos a estas prolongadas dilaciones en el ordenamiento ruso.

### ***(2.2.3.) ¿Hacia un incremento del grado de intervención del Tribunal de Estrasburgo en los asuntos de la política interna?***

Para terminar esta presentación, se hará referencia a algunas decisiones que ponen en particular evidencia la afinidad entre las sentencias piloto y el amparo estructural. Los fallos dictados en los procesos *Ananyev y otros vs. Rusia*<sup>151</sup> y *Torreggiani y otros vs. Italia*<sup>152</sup> —en los que el Tribunal se pronunció sobre las infracciones a la Convención acaecidas en los centros penitenciarios de los países demandados— enseñan la proximidad de dicho parentesco. Ambas sentencias dejan constancia de la dramática situación en que se encontraban los reclusos debido al hacinamiento carcelario y a las graves deficiencias que presentaban las instalaciones destinadas al internamiento de las personas privadas de la libertad. En el caso de la Federación Rusa, la decisión de emplear el procedimiento de las sentencias piloto fue adoptada con fundamento en la cantidad de demandas interpuestas por este motivo. Según indicó el Tribunal, durante los diez años anteriores a la sentencia en cuestión el Estado había sido condenado en ochenta oportunidades, mientras que el número de procesos análogos pendientes de decisión ascendía a 250. En el Estado italiano, por otra parte, la alarmante crisis del sistema penitenciario dio lugar a la declaración de un estado de emergencia en el año 2010. Sobre el particular, el Tribunal manifestó que «el carácter estructural del problema identificado en el presente caso se confirma por el hecho de que [han sido promovidos] varios cientos de recursos contra Italia que han planteado un problema de compatibilidad entre el artículo 3 de la Convención y las inadecuadas condiciones de superpoblación carcelaria en varios centros de reclusión italianos (...) El número de este tipo de recursos se encuentra en continuo aumento».

Al comparar las órdenes expedidas en ambas causas, llama la atención —por su carácter inusitado— el remedio que fue impuesto en el proceso promovido contra Rusia. Pues mientras que el Estado italiano fue condenado a implementar las mismas medidas

---

<sup>151</sup> STEDH del 10 de enero de 2012, demandas número 42525/07 y 60800/08, asunto *Ananyev y otros vs. Rusia*.

<sup>152</sup> STEDH del 8 de enero de 2013, demanda número 43517/09 et seq., asunto *Torreggiani y otros vs. Italia*.



generales ordenadas en las demás sentencias piloto —esto es, a establecer un recurso, o conjunto de recursos encaminados a garantizar una reparación adecuada y suficiente—, en el caso de la Federación Rusa el Tribunal añadió que dichos mecanismos debían tener una vocación *preventiva*. Es decir, la sentencia no se limitó a exigir la creación de un cauce institucional para reclamar la indemnización de los perjuicios causados, sino que precisó que los instrumentos dispuestos para tal efecto debían servir, adicionalmente, para evitar las violaciones de los derechos humanos ocurridas en los centros penitenciarios<sup>153</sup>. Así pues, además de perseguir el objetivo de descongestionar el Tribunal —que se conseguiría al reconducir estas controversias a las autoridades domésticas, tal como se ordenó en la decisión *Torreggiani*—, el fallo pretendió contribuir a la solución de las causas estructurales que han provocado la oleada de demandas. Según se ha dicho hasta ahora, esta es una de las características más prominentes del amparo estructural: la intención de promover reformas globales dirigidas a enmendar las fallas que producen el desconocimiento generalizado de los derechos.

La anterior observación adquiere mayor peso al analizar la motivación del fallo. Pues, atendiendo a la recomendación realizada por el Comité de Ministros que exhortaba al Tribunal a indicar las acciones que debían ser implementadas por los Estados, la Sección Primera del Tribunal sugirió la introducción de reformas procesales en el ordenamiento ruso. Tras advertir que una de las causas de la superpoblación carcelaria era el elevado número de detenciones preventivas, propuso una modificación legal que hiciera de dicha medida una actuación verdaderamente excepcional. En el mismo sentido, destacó la necesidad de promover cambios en la práctica judicial para que los juzgados y tribunales nacionales impusieran medidas preventivas diferentes a la custodia de las personas investigadas dentro de los centros de reclusión<sup>154</sup>. Según nuestro modo de ver, la eventual adopción de tales medidas —las cuales no resultan vinculantes en la medida en que, valga la reiteración, no fueron consignadas en la parte resolutive del fallo— supondría una alteración significativa de la política criminal del

---

<sup>153</sup> Este mismo enfoque ha sido empleado por el Tribunal en las dos sentencias piloto que fueron aprobadas en el año 2015 por violaciones análogas del artículo 3 de la Convención por parte de los Estados de Bulgaria y Hungría. En ambos países el Tribunal encontró acreditada la violación sistemática de los derechos de las personas privadas de la libertad, ordenando así la creación de recursos con efectos «preventivos y compensatorios». STEDH del 27 de enero de 2015, demanda número 36925/10 et seq., asunto *Neshkov y otros vs. Bulgaria*; STEDH del 10 de marzo de 2015, demanda número 14097/12 et seq., asunto *Varga y otros vs. Hungría*.

<sup>154</sup> *Ananyev y otros vs. Rusia*, par. 197-203.

Estado. Más aún, constituye un paso hacia adelante en el sendero que parece haber emprendido el Tribunal de Estrasburgo hacia una participación mucho más activa en la política interna de los Estados.

Una última muestra de la aludida intervención del Tribunal en asuntos de marcada índole política en el contexto de las sentencias piloto se encuentra en el fallo *Greens y M.T. vs. el Reino Unido*<sup>155</sup>. Dicho proceso inició con la interposición de dos demandas promovidas por ciudadanos británicos privados de la libertad que reclamaban la protección del derecho al voto. En aplicación de lo dispuesto en la sección 3 de la *Ley de Representación del Pueblo* de 1983, las autoridades nacionales negaron la inscripción de los demandantes en el registro electoral para participar en los comicios nacionales y del Parlamento Europeo. La norma en cuestión dispone que «una persona condenada durante el tiempo que se encuentra recluida en una institución penal en cumplimiento de su sentencia (...) es legalmente incapaz de votar en cualquier elección local o parlamentaria». En consecuencia, al margen de la gravedad del delito cometido o de la duración de la pena impuesta, existe una restricción absoluta que impide la participación de estas personas en los procesos electorales.

Cinco años atrás el Tribunal había emitido una condena en contra del Estado por estos mismos hechos en el fallo *Hirst vs. el Reino Unido (n.º 2)*<sup>156</sup>. En dicha oportunidad declaró que la prohibición general, automática e indiscriminada impuesta por la legislación doméstica a las personas condenadas por la infracción de normas penales constituía una violación del artículo 3 del Protocolo I Adicional al Convenio. Pese a dicha sentencia, al momento de resolver los procesos iniciados por Greens y M.T., el Tribunal advirtió que las normas que establecían la aludida restricción se mantenían vigentes y continuaban siendo aplicadas por las autoridades nacionales. Así pues, teniendo en cuenta que el Estado no había implementado las reformas necesarias para ajustar su ordenamiento a la normativa europea y, especialmente, debido al elevado número de procesos pendientes de decisión ante Estrasburgo, el cual ascendía a 2500 demandas, el Tribunal resolvió emplear el procedimiento de las sentencias piloto. Con fundamento en lo anterior, exhortó al Reino Unido a presentar en el término de seis meses la iniciativa legislativa que habría de ser propuesta ante el Parlamento para dar

---

<sup>155</sup> STEDH del 23 de noviembre de 2010, aplicaciones número 60041/08 y 60054/08, asunto *Greens and M.T. vs. el Reino Unido*.

<sup>156</sup> STEDH del 6 de octubre de 2005, demanda número 74025/01, asunto *Hirst vs. el Reino Unido (n.º 2)*.

cumplimiento a la obligación convencional infringida. De igual modo, advirtió que dicha reforma debía ser promulgada dentro del término que fuese establecido por el Comité de Ministros<sup>157</sup>.

Con esta última referencia termina la presentación de las sentencias piloto emitidas en el sistema europeo de derechos humanos<sup>158</sup>. A juicio del autor de este trabajo, las decisiones que acaban de ser comentadas plantean un complejo interrogante sobre la evolución que se insinúa en las actuaciones más recientes del Tribunal: ¿la utilización del procedimiento de las sentencias piloto conduce a una intervención más activa y desenfadada del Tribunal en asuntos que, en principio, conciernen a la política doméstica de los países, o habrá de conservarse, por el contrario, como una técnica dispuesta únicamente para resolver la congestión judicial que aqueja a esta institución? Se deja entonces enunciado este interrogante, que deberá ser resuelto en investigaciones que ahonden en el estudio de dicho procedimiento, para dar inicio al análisis de las sentencias estructurales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

### ***(2.3.) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la creación judicial de políticas públicas***

La pregunta que acaba de ser formulada ha encontrado una respuesta contundente en la otra orilla del Atlántico. Con arreglo a la postura jurisprudencial que se ha consolidado a lo largo de las dos últimas décadas, la Corte Interamericana ha asumido

---

<sup>157</sup> Luego de la aprobación de esta última sentencia, el Gobierno elaboró un proyecto de ley que fue sometido al escrutinio de una comisión conjunta de las dos cámaras del Parlamento. Pese a que la comisión emitió un concepto favorable sobre la iniciativa —en el que, además de proponer algunas recomendaciones precisas sobre el texto, sugirió al Ejecutivo el momento más apropiado para conseguir su aprobación en el Parlamento—, hasta la fecha no ha sido promulgada dicha reforma. En consecuencia, en fallos posteriores a *Greens y M.T.* el Reino Unido ha sido condenado por la violación del artículo 3 del Protocolo 1. Al respecto, ver STEDH del 12 de agosto de 2014, demanda número 47784/09 et seq., asunto *Firth y Otros vs. el Reino Unido*; STEDH del 10 de febrero de 2015, demanda número 51987/08 y 1.014 otros, asunto *McHugh y Otros vs. el Reino Unido*.

<sup>158</sup> El listado de sentencias piloto dictadas por el Tribunal hasta el mes de noviembre del año 2015, se completa con las siguientes decisiones: STEDH del 26 de junio de 2012, demanda número 26828/06, asunto *Kuric y Otros vs. Eslovenia*; STEDH del 8 de julio de 2009, demanda número 476/07 et seq., asunto *Olaru y Otros vs. Moldavia*; STEDH del 3 de noviembre de 2009, demanda número 27912/02, asunto *Suljagic vs. Bosnia y Herzegovina*; STEDH del 12 de octubre de 2010, aplicaciones número 30767/05 y 33800/06, asunto *Maria Atanasiu y Otros vs. Rumania*; STEDH del 31 de julio de 2012, demanda número 604/07 et seq., asunto *Manushaqe Puto y Otros vs. Albania*; STEDH del 16 de julio de 2014, demanda número 60642/08, asunto *Alisic y Otros vs. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*.

un activo papel en la solución de controversias de orden político que inciden en el ejercicio de los derechos humanos. Pese a que en sus primeros fallos se abstuvo de otorgar a sus decisiones efectos distintos a los *inter partes*<sup>159</sup>, y a que eludiera pronunciarse sobre asuntos usualmente reservados a las autoridades representativas, la Corte se ha convertido en la actualidad en una diligente hacedora de políticas públicas. Debido a la explicitud de los términos empleados en el fallo *Luna López vs. Honduras*, el mismo es una prueba ejemplar de la tendencia que se ha impuesto en la región con el paso del tiempo. En la parte resolutive de la sentencia el Tribunal emitió la siguiente orden: «El Estado debe presentar un informe anual en el que indique las acciones que se han realizado con el fin de implementar, dentro de un plazo razonable, una *política pública efectiva* para la protección de los defensores de derechos humanos, en particular de los defensores del medio ambiente»<sup>160</sup> (énfasis fuera de texto). Si bien la Corte ha expedido decisiones mucho más ambiciosas, dicha orden resulta llamativa por la franqueza y por la exactitud de la descripción de la conducta impuesta al Estado. Según esta investigación, la espontaneidad del lenguaje empleado en esta decisión refleja el arraigo adquirido por este tipo de órdenes en el sistema interamericano.

Entre las numerosas diferencias que se encuentran al comparar el Tribunal de Estrasburgo y la Corte Interamericana sobresale la amplitud de las facultades de las que dispone esta última para ordenar el restablecimiento de los derechos infringidos<sup>161</sup>. De acuerdo con lo establecido en el artículo 63.1. de la Convención Americana, «cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos (...), la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la

---

<sup>159</sup> En una de las primeras sentencias en las que el Tribunal abordó el alcance de la responsabilidad de los Estados por la violación del Pacto de San José, manifestó que las reparaciones debían circunscribirse únicamente al restablecimiento de los derechos de las víctimas: «El artículo 63.1 de la Convención distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. *En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcados*. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización» (énfasis fuera de texto). SCIDH del 10 de septiembre de 1993, Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 11, par. 46.

<sup>160</sup> *Luna López vs. Honduras*, cit., orden 10.

<sup>161</sup> Sobre las similitudes y diferencias entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos, ver SALVIOLI, FABIÁN Y ZANGHI, CLAUDIO (coord.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos: el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013; CANOSA USERA, RAÚL, ET AL (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012.

medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada». En este orden de ideas, a diferencia de lo estipulado en el Convenio europeo, la Corte Interamericana se encuentra llamada a decidir el modo como deben proceder los Estados a fin de resarcir el daño provocado. El pago de indemnizaciones económicas sería, entonces, una actuación que solo resultaría exigible cuando no sea posible la *restitutio in integrum*, en los demás casos el Tribunal habrá de ordenar todas las medidas que estime necesarias para la reparación plena de los derechos de las víctimas.

La facultad de imponer remedios de esta índole ha sido aprovechada por la Corte para crear un repertorio de medidas que persiguen el resarcimiento moral, y no solamente pecuniario, de quienes han sufrido la violación de sus derechos. En ejercicio de esta atribución el Tribunal ha ordenado, entre otras actuaciones, la edificación de monumentos<sup>162</sup>, la fijación de placas conmemorativas en lugares públicos<sup>163</sup>, el hallazgo y la entrega de los restos mortales de víctimas de ejecuciones extrajudiciales<sup>164</sup>, la realización de actos oficiales de desagravio y reconocimiento de responsabilidad<sup>165</sup>, la publicación de apartados de las sentencias condenatorias en diarios de amplia circulación<sup>166</sup> y la imposición del nombre de las víctimas a instituciones públicas<sup>167</sup>. Según ha sido señalado por el Tribunal, estas medidas pretenden honrar la memoria de los titulares de los derechos conculcados, brindar consuelo a sus deudos y evitar la repetición de futuras violaciones de los derechos humanos.

Además de disponer la adopción de estas medidas simbólicas, la Corte ha impuesto la realización de reformas normativas e institucionales dirigidas a adecuar los

---

<sup>162</sup> SCIDH del 5 de julio de 2004, Caso *19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 93, orden 7.

<sup>163</sup> SCIDH del 25 de noviembre de 2006, Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 160, orden 7.

<sup>164</sup> SCIDH del 31 de enero de 2006, Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, serie C, n.º 140, orden 9; SCIDH del 22 de septiembre de 2006, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 153, orden 6.

<sup>165</sup> SCIDH del 5 de julio de 2006, Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 150, orden 12; SCIDH del 26 de mayo de 2010, Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 213, orden 11.

<sup>166</sup> SCIDH del 30 de noviembre de 2001, Caso *Barrios Altos vs. Perú (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 87, orden 5.

<sup>167</sup> SCIDH del 26 de mayo de 2001, Caso de los «Niños de la Calle» (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 77, orden 7.

ordenamientos jurídicos a los preceptos contenidos en la Convención Americana. Con tal propósito ha ordenado la derogación de leyes de amnistía<sup>168</sup>, la tipificación de delitos<sup>169</sup>, la implementación de políticas públicas que garanticen la protección de los derechos humanos, y aun la aprobación de modificaciones constitucionales<sup>170</sup>. En todos estos casos el fundamento argüido para justificar tales medidas ha sido el artículo 2 de la Convención, el cual dispone que «los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

De acuerdo con la argumentación planteada por la Corte, la obligación de adelantar tales reformas no se sigue únicamente de lo dispuesto en la Convención. Según fue anotado en el fallo *Garrido y Baigorria*<sup>171</sup>, existe una norma consuetudinaria en el Derecho Internacional que impone a los Estados el deber de modificar sus ordenamientos domésticos cuando ellos impidan el cumplimiento de los compromisos asumidos en los tratados. Más aún, en dicha oportunidad advirtió que no basta con la realización de cambios meramente normativos para honrar este mandato. Es menester que el obrar de los Estados asegure la ejecución efectiva de las disposiciones promulgadas con el objetivo de ajustar la normativa interna a las obligaciones internacionales. A la luz de este planteamiento, no solo deben abstenerse de violar los

---

<sup>168</sup> El Estado peruano fue condenado en dos oportunidades a derogar las leyes de autoamnistía debido a su «manifiesta incompatibilidad [con] la Convención Americana». SCIDH del 27 de noviembre de 1998, Caso *Castillo Páez vs. Perú (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 43, orden 2; Caso *Barrios altos vs. Perú*, cit., orden 5.a. La misma orden fue emitida en el caso de las leyes de amnistía aprobadas por el Estado chileno luego de la dictadura de Pinochet: SCIDH del 26 de septiembre de 2006, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 154, orden 6.

<sup>169</sup> En los fallos *Trujillo Oroza y Gomes Lund*, la Corte ordenó a los Estados de Bolivia y Brasil, respectivamente, incluir en sus códigos penales el delito de desaparición forzada. SCIDH del 27 de febrero de 2002, Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 92, orden 2; SCIDH del 24 de noviembre de 2010, Caso *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 219, orden 15.

<sup>170</sup> En la parte resolutive del fallo *Caesar* se puede leer la siguiente orden: «El Estado debe modificar, en un tiempo razonable, la sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago en los términos del párrafo 133 de este fallo». Cuatro años antes, en el caso de *La última tentación de Cristo*, la Corte emitió la misma orden contra el Estado chileno valiéndose del siguiente eufemismo: «El Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa» SCIDH del 11 de marzo de 2005, Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 123, orden 4; SCIDH del 5 de febrero de 2001, Caso «*La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*», serie C, n.º 73, orden 4.

<sup>171</sup> SCIDH del 27 de agosto de 1998, Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 39, parte IX.

derechos humanos e instaurar un marco jurídico que sancione las infracciones cometidas por los particulares. Adicionalmente, se encuentran obligados a implementar «prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías»<sup>172</sup>. En este orden de ideas, la Convención Americana impone tanto deberes de inhibición como mandatos positivos que reclaman la realización de actuaciones complejas. Bajo este mismo argumento, corresponde al Tribunal, en su condición de órgano encargado de vigilar «el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes» (art. 33 CADH), exigir el acatamiento de tales responsabilidades. Las sentencias estructurales del sistema americano, según se verá a continuación, han sido expedidas con base en esta comprensión dinámica del deber de adecuación que recae sobre los Estados.

Un segundo elemento que ha incidido de manera decisiva en el surgimiento de los fallos estructurales en el ámbito interamericano es la eclosión del concepto de las «garantías de no repetición» en su jurisprudencia<sup>173</sup>. A partir del año 1998 el Tribunal sostiene de manera invariable que la infracción del Pacto de San José da lugar a la exigencia de medidas correctivas que eviten la reiteración de las mismas conductas, bien sean activas o por omisión, por las que han sido condenados los Estados. Si bien en algunas decisiones ha manifestado que dicha obligación se encuentra comprendida en el deber general de *reparación*<sup>174</sup> —el cual ha sido consagrado en el artículo 63, al que se acaba de hacer referencia—, la doctrina del Tribunal admite que se trata de dos mandatos sustancialmente diferentes. Así lo manifestó en el aludido fallo *Garrido y Baigorria*, en el que advirtió que la obligación de conjurar futuras transgresiones de la Convención por hechos similares «es autónoma y distinta de la de reparación». Pues mientras esta última pretende deshacer el daño concreto que ha sufrido la víctima, para lo cual es necesario indagar las condiciones en que se hallaba antes de sufrir la violación de sus derechos, la otra cumple una función eminentemente prospectiva y general.

Al margen de estas dos razones jurídicas, las cuales se funden en un único argumento en la práctica, pues justifican el mismo tipo de medidas y conducen a resultados idénticos, las órdenes a las que se alude demuestran que la Corte

---

<sup>172</sup> SCIDH del 12 de agosto de 2008, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 186, par. 180. En el mismo sentido, *Almonacid Arellano*, cit., par. 118.

<sup>173</sup> LONDOÑO LÁZARO, MARÍA, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México D.F., Tirant Lo Blanch, 2014.

<sup>174</sup> *Loayza Tamayo*, cit., par. 85. Sobre las diferencias que existen entre estas dos obligaciones, ver LONDOÑO LÁZARO, Op. Cit.

Interamericana asume un papel institucional señaladamente distinto del desempeñado por el Tribunal de Estrasburgo. Este último ha procurado abstenerse de intervenir en la acción pública de los Estados, en tanto que la Corte entiende que su labor consiste — justamente— en orientar de manera clara y enfática las actuaciones que aquellos deben emprender para dar cumplimiento a la Convención<sup>175</sup>. Naturalmente, tal divergencia no se debe únicamente a las diferencias normativas de cada convenio. Se presume que obedece al distinto semblante de las culturas jurídicas en las que cada uno de ellos opera. En el capítulo IV de esta investigación se analiza en detalle la manera como las culturas jurídicas moldean el comportamiento de los tribunales, por consiguiente se deja en suspenso el desarrollo de esta idea y se prosigue con la presentación de los fallos estructurales expedidos por la Corte Interamericana.

En numerosas oportunidades la Corte ha ordenado la implementación de políticas públicas con el fin de garantizar el goce efectivo de los derechos consagrados en el Pacto. Si bien rara vez emplea dicha expresión en la parte resolutive de sus fallos, el conjunto de las obligaciones impuestas descarta cualquier duda sobre las implicaciones reales de la ardua tarea que plantean estas decisiones a los Estados. Muestra de lo anterior se encuentra en el caso del *Campo Algodonero* —que es, con diferencia, la intervención estructural más ambiciosa que ha emprendido el Tribunal—, pues, pese a no emplear el término *política pública*, dirige al Estado mexicano un extenso y minucioso catálogo de órdenes que hacen de ella un ejemplar paradigmático de los fallos unidireccionales.

Para llevar a cabo el análisis propuesto, se han clasificado los fallos estructurales del sistema interamericano en los siguientes cuatro grupos que enseñan los principales objetivos que se ha trazado el Tribunal: (i) restablecimiento de los derechos al territorio y a la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas; (ii) transformación institucional de los procedimientos y de los protocolos empleados por las autoridades nacionales; (iii) adecuación de los sistemas penitenciarios a los estándares internacionales contenidos en el Convenio Americano; (iv) creación de políticas públicas educativas que eviten la vulneración de los derechos humanos.

---

<sup>175</sup> Sobre el particular, LONDOÑO LÁZARO ha declarado que «Quizá el modo más sencillo de explicar la aparición de las garantías de no repetición en el sistema interamericano consista en afirmar que *la Corte quería y se arriesgó deliberadamente a que su jurisprudencia tuviera un efecto transformador de la realidad sobre la que se aplica*» (énfasis fuera de texto). Ídem, p. 108.



Antes de pasar revista a cada uno de ellos, es preciso advertir que la clasificación propuesta no sugiere la existencia de compartimentos estancos que impidan el contacto entre estos conjuntos. Pues la mayoría de las sentencias estructurales podrían ser ubicadas en, por lo menos, dos de las categorías que han sido formuladas. Las sentencias que procuran el resarcimiento de las comunidades indígenas, por ejemplo, suelen exigir la realización de drásticas modificaciones del proceder de las autoridades —conjunto (ii)— y la puesta en marcha de programas educativos, dentro y fuera de estas colectividades —conjunto (iv)—. Sin embargo, la especificidad del objetivo central que en ellas persigue la Corte justifica la creación de un grupo especial que destaque la singularidad de estos fallos.

### ***(2.3.1.) Restablecimiento de los derechos al territorio y a la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas***

Los fallos incluidos en este conjunto han sido emitidos con el objetivo de resarcir graves infracciones de la Convención que han puesto en peligro la subsistencia de las comunidades indígenas. La mayoría de tales violaciones ha consistido en la adjudicación de territorios ancestrales a particulares, quienes los han recibido bajo títulos de concesión, para la construcción de obras de infraestructura o para la explotación industrial de recursos naturales. Tal es el caso del proceso *Awes Tingni vs. Nicaragua*, que dio lugar en el año 2001 a la aprobación de la primera sentencia estructural en la materia<sup>176</sup>.

La demanda interpuesta en dicha oportunidad pretendía obtener la protección judicial de los derechos de la comunidad *Awes Tingni*, grupo aborígen conformado por 600 personas cuyo territorio fue entregado en concesión a una compañía maderera para «el manejo y aprovechamiento forestal» de los bosques ubicados en el litoral del Atlántico nicaragüense<sup>177</sup>. A pesar de que la comunidad había ejercido actos de posesión a lo largo de décadas, y de que sus líderes habían interpuesto numerosas acciones para conseguir la titulación de sus terrenos, para el momento en que fue

---

<sup>176</sup> SCIDH del 31 de agosto de 2001, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awes Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 79. Al respecto, ver GÓMEZ ISA, FELIPE, *El caso Awes Tingni contra Nicaragua: Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, San Sebastián, Universidad de Deusto, 2003.

<sup>177</sup> Ídem., parte VII, Hechos Probados, par. 103 y ss.

otorgada la referida concesión no habían logrado el reconocimiento jurídico de sus propiedades. Al analizar la legislación doméstica y las prácticas de las autoridades nacionales, la Corte concluyó que el ordenamiento nicaragüense no disponía de un «procedimiento efectivo para delimitar, demarcar y titular las tierras comunales indígenas»<sup>178</sup>. La ausencia de este recurso habría provocado, según indicó el Tribunal, la violación de los derechos a la protección judicial efectiva (art. 25 CADH) y a la propiedad colectiva del pueblo indígena (art. 21 CADH). Con fundamento en lo anterior, ordenó la adopción de «las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de estas». En una palabra, exigió la implementación de una política pública congruente con las tradiciones indígenas, dirigida a resolver la inexistencia de títulos jurídicos que permitieran la protección de sus territorios. La puesta en marcha de este mecanismo no solo favorecería a los miembros de la comunidad *Awás Tingni*. Los demás pueblos indígenas que habitan el país centroamericano, que tampoco contaban con títulos de propiedad sobre sus predios, también resultarían beneficiados por la orden dirigida a las autoridades nicaragüenses.

En lo que se refiere a la solución del caso concreto, la Corte ordenó llevar a cabo el proceso de delimitación y titulación del territorio perteneciente a la comunidad *Awás Tingni* en un término máximo de quince meses. Dicho trámite debía ser ejecutado garantizando la participación efectiva de sus miembros y acatando el conjunto de normas y tradiciones de la colectividad. Por último, el Tribunal advirtió que hasta tanto no hubiese concluido el procedimiento en cuestión el Estado debía asegurar la protección de los recursos naturales y de los bienes ubicados en las zonas habitadas por el pueblo indígena.

Una situación similar a la referida se presentó en el caso *Xákmok Kásek vs. Paraguay*<sup>179</sup>. En dicha ocasión la Corte amparó los derechos de una comunidad constituida por 66 familias que enfrentaba graves restricciones sobre el uso de sus territorios, lo que había afectado muy seriamente su *modus vivendi* y amenazaba la

---

<sup>178</sup> Ídem., par. 127.

<sup>179</sup> SCIDH del 24 de agosto de 2010, Caso de la *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 214.

conservación de las costumbres y tradiciones del pueblo indígena. Los hechos del proceso se remontan a las postrimerías del siglo XIX, cuando el Estado vendió dos tercios del Chaco paraguayo para sufragar la deuda adquirida tras la guerra de la Triple Alianza. Los territorios enajenados, entre los que se encontraban las zonas habitadas por el pueblo *Xákmok Kásek*, fueron transferidos sucesivamente a nuevos propietarios, quienes fragmentaron las tierras y las destinaron a actividades económicas incompatibles con los usos de sus pobladores originales. Con el paso del tiempo, debido a las crecientes limitaciones impuestas a la circulación, a la pesca, a la cacería y a la agricultura, los miembros de la comunidad fueron confinados en un lugar conocido como «Estancia Salazar» donde tales restricciones se hicieron aún más intensas. De allí se vieron obligados a trasladarse en el año 2008 a un terreno cedido por las comunidades *Angaité*, sobre el cual, hasta el momento en que fue interpuesta la denuncia ante la Comisión, no habían obtenido título alguno que protegiera su tenencia de la tierra.

A pesar de la oportuna interposición de acciones judiciales y administrativas ante las autoridades nacionales, al promover el proceso judicial en el sistema interamericano, la colectividad no había conseguido la devolución de sus tierras, ni mucho menos la formalización de los títulos jurídicos correspondientes. Por el contrario, a principios del año 2008, el Gobierno había declarado el territorio reivindicado como área silvestre protegida bajo dominio privado «sin consultar a los miembros de la Comunidad ni tener en cuenta su reclamo territorial»<sup>180</sup>.

Luego de declarar al Estado paraguayo responsable de la violación de los derechos a la propiedad comunitaria, a las garantías judiciales y a la protección judicial efectiva, la Corte emitió un fallo unidireccional que impuso la realización de una compleja política pública para asegurar el restablecimiento pleno de la comunidad *Xákmok Kásek*. En concreto, ordenó la devolución de los terrenos reclamados en el término de un año; la protección del territorio reivindicado frente a los riesgos de una mayor deforestación o de una destrucción irreparable de los sitios con valor cultural; la remoción, en un lapso no superior a seis meses, de todos los obstáculos formales que impidieran la titulación del predio al cual se desplazó la comunidad en el año 2008; la titulación efectiva de las tierras en pendencia, y la realización de acciones de reparación simbólica.

---

<sup>180</sup> Ídem., par. 81.

Con el objetivo de garantizar la protección provisional de la comunidad, hasta tanto no se hiciera efectiva la entrega de tales dominios, la Corte ordenó la realización «inmediata, periódica y permanente» de las siguientes actuaciones: garantizar el suministro de agua potable para el consumo y el aseo personal de los miembros del grupo; asegurar la prestación de servicios de atención médica y psicológica; realizar campañas de vacunación y desparasitación acordes con los usos y tradiciones indígenas; instalar un puesto de salud dotado de un sistema de comunicación para la atención de urgencias y de un medio de transporte apropiado; proveer alimentos que brinden una nutrición adecuada a los miembros de la comunidad; instalar letrinas y demás equipos sanitarios que sean necesarios para cubrir las necesidades de las familias, y dotar la escuela a la que asisten los menores de los materiales y recursos necesarios para ofrecer una educación de calidad, impartida en su propia lengua y de acuerdo con sus costumbres.

Una de las características que hacen de esta decisión una muestra ejemplar de los fallos unidireccionales se encuentra en las órdenes que fueron emitidas sobre el protocolo que debía seguir el Estado para dar cumplimiento a la sentencia. La Corte dispuso que las actuaciones provisionales que acaban de ser referidas tendrían que ser implementadas con arreglo a un *estudio* elaborado por un grupo de especialistas que contara con «los conocimientos técnicos específicos requeridos para cada área»<sup>181</sup>. Dicho estudio, que, además, debía ser elaborado teniendo en cuenta la postura de la comunidad, tendría que ser remitido al Tribunal en el término de seis meses para que fuese puesto en conocimiento de la Comisión Interamericana y de los representantes de la colectividad. Según se indicó en el fallo, estos últimos tendrían la oportunidad de formular observaciones sobre el contenido del plan dispuesto para el restablecimiento de sus derechos. La Corte, por su parte, se reservó la facultad de exigir al grupo de especialistas la ampliación o el complemento del estudio que habría de dirigir la política pública del Estado.

Por otro lado, la orden relacionada con la indemnización de los daños inmateriales causados a la comunidad *Xákmok Xásek* también demuestra el excepcional grado de

---

<sup>181</sup> El estudio en cuestión fue exigido con el objetivo de obtener información precisa sobre la manera como debían ser cumplidas cada una de las órdenes provisionales dictadas. En ese sentido, además de incluir un análisis de las principales enfermedades padecidas por los miembros de la comunidad, debía contener un detallado reporte sobre la periodicidad, método y cantidades de cada uno de los bienes y servicios que debían ser proporcionados.

injerencia de la Corte en la solución de esta controversia. Pues, en vez de ordenar la entrega de las correspondientes sumas de dinero a las víctimas, ordenó la creación de un «fondo de desarrollo comunitario» que debía ser constituido por el Estado paraguayo con un depósito de \$700.000 dólares. Tales recursos debían ser destinados «entre otras cosas, [a] la implementación de proyectos educacionales, habitacionales, de seguridad alimentaria y de salud, así como de suministro de agua potable y la construcción de infraestructura sanitaria»<sup>182</sup>. La decisión final sobre tales proyectos sería tomada por un «Comité de implementación» que, según estableció el Tribunal, estaría integrado por un representante del Estado, uno de la comunidad indígena y un tercer integrante elegido de manera conjunta<sup>183</sup>.

Con fundamento en una petición hecha por la Comisión y los representantes de la colectividad, la Corte dispuso —adicionalmente— la realización de un programa de registro y documentación para que los niños y niñas de la comunidad no tuviesen que desplazarse hasta la capital del país para ser identificados. Por último, a fin de evitar la repetición de este tipo de infracciones, el Tribunal ordenó al Estado «adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un sistema eficaz de reclamación de tierras ancestrales o tradicionales de los pueblos indígenas que posibilite la concreción de su derecho de propiedad»<sup>184</sup>.

Con esta última medida el Tribunal pretendía asegurar la adecuación del ordenamiento nacional a la Convención, lo que resalta —aún más, si cabe— el carácter estructural de la sentencia. Sin embargo, aunque esta disposición no hubiese sido incluida en el fallo, no cabe duda de que las demás órdenes que fueron emitidas confieren a la decisión las trazas de una sentencia estructural mayúscula, pues su cumplimiento exige el diseño de una política pública particularmente compleja debido al plexo de problemas planteado a las autoridades: además de resolver las dificultades ocasionadas por la inexistencia de un sistema adecuado para la titulación y posesión de los territorios indígenas, fueron obligadas a garantizar la protección efectiva de un

---

<sup>182</sup> *Xákmok Kásek*, cit., par. 323.

<sup>183</sup> Aunado a lo anterior, la Corte ordenó la entrega de \$260.000 dólares a los líderes de la comunidad en un lapso no superior a dos años, suma que pretendía resarcir el daño inmaterial de los familiares de quienes fallecieron debido a las precarias condiciones en que se hallaba la comunidad. Dicho dinero debía ser puesto a disposición de sus deudos de conformidad con sus tradiciones y procedimientos internos, o tendría que ser invertido según fuese decidido por la colectividad.

<sup>184</sup> *Xákmok Kásek*, cit., orden 25.

conjunto de derechos sociales —entre los que sobresalen los derechos a la salud, a la educación, a una alimentación adecuada y, naturalmente, a la conservación de la identidad cultural indígena—, que exigen la realización de un excepcional esfuerzo institucional y presupuestario.

Conviene advertir que esta decisión fue precedida por el caso de la *comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, en el que la Corte se pronunció por vez primera sobre la violación sistemática de los derechos de los pueblos indígenas del Chaco paraguayo<sup>185</sup>. En dicha oportunidad emitió una sentencia estructural casi idéntica a la que acaba de ser descrita con el objetivo de restablecer los derechos de la tribu en cuestión, cuyos miembros se habían instalado en la orilla de una carretera «frente a la alambrada de la propiedad reivindicada», donde enfrentaban una penosa situación económica y social. El Tribunal ordenó la devolución y la titulación de las tierras reclamadas, la constitución de un fondo de desarrollo comunitario con un capital de un millón de dólares, el pago de indemnizaciones individuales, la realización de reparaciones simbólicas, la adopción de las mismas medidas provisionales que luego fueron prescritas en el fallo *Xákmok Kásek*, la realización de un programa de registro y documentación, y la creación de un mecanismo eficaz para la reclamación de tierras ancestrales a favor de los pueblos indígenas.

A continuación se presenta el análisis de dos fallos estructurales en los que el Tribunal amparó los derechos a la propiedad colectiva, a la consulta previa y a la conservación de la identidad cultural de comunidades indígenas ubicadas en la República de Surinam. Se hace referencia a los procesos promovidos por los pueblos *Moiwana y Saramaka*<sup>186</sup>. El primero de ellos tuvo origen en una masacre perpetrada por agentes del Estado que ocasionó la muerte de por lo menos 39 indígenas, hecho que desencadenó el desplazamiento forzado de la colectividad. El segundo proceso, por su parte, fue iniciado debido al otorgamiento de una concesión para la explotación de recursos mineros y forestales en el territorio habitado por el pueblo *Saramaka*. En

---

<sup>185</sup> SCIDH del 29 de marzo de 2006, Caso *Comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 146. Sobre la situación de los pueblos indígenas en Paraguay, ver CERNA VILLAGRA, SARAH PATRICIA, «YVY MARAE'Y»: El conflicto del Estado con los pueblos indígenas en Paraguay», en *América Latina Hoy*, vol. 60, 2012, pp. 83-115.

<sup>186</sup> SCIDH del 15 de junio de 2005, Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 124; SCIDH del 28 de noviembre de 2007, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 172.

ambos casos la Corte Interamericana ordenó la devolución y la titulación correspondiente de las tierras reclamadas por las comunidades. A su vez, exigió la adopción de medidas encauzadas a resarcir los daños específicos que se causaron en cada caso. En el fallo del pueblo *Moiwana* ordenó la identificación, juzgamiento y sanción de los responsables de la matanza; la recuperación y la entrega de los restos mortales de quienes perdieron la vida en el ataque; el aseguramiento de la indemnidad de los miembros que desearan retornar a sus tierras; la constitución de un fondo de desarrollo comunitario por valor de \$1,2 millones de dólares; la realización de reparaciones simbólicas; y, finalmente, el pago de indemnizaciones económicas a los familiares de las víctimas.

En el segundo caso, la Corte impuso al Estado la obligación de «abstenerse de realizar actos que [pudieran] dar lugar a que agentes del propio Estado o terceros, actuando con consentimiento o tolerancia del Estado, puedan afectar la existencia, valor, uso o goce del territorio al cual tienen derecho los integrantes del pueblo *Saramaka*». Del mismo modo, ordenó la revisión de las demás concesiones que pudiesen lesionar los derechos de la comunidad; garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica de la tribu —petición que había sido negada en repetidas ocasiones por las autoridades nacionales— para que aquella pudiese reivindicar en el futuro sus derechos a la propiedad y al acceso a la justicia; la constitución de un fondo de desarrollo comunitario con un capital de \$600.000 dólares; y, por último, la realización de reparaciones simbólicas.

A fin de prevenir la repetición de hechos similares en el territorio habitado por la comunidad, la Corte dispuso la realización de las siguientes actuaciones de marcado carácter estructural:

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo *Saramaka* a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo *Saramaka*, en el caso de que se llevaran a cabo<sup>187</sup>

---

<sup>187</sup> *Saramaka vs. Surinam*, cit., orden 8.

La orden establece una clara distinción entre (i) la consulta previa y (ii) el consentimiento previo, libre e informado. La primera de ellas habrá de ser realizada de manera forzosa cuando el Estado pretenda implementar planes de desarrollo, inversión, exploración o explotación que afecten el territorio ocupado por la colectividad<sup>188</sup>. El deber de obtener el *consentimiento* previo, libre e informado, por otra parte, sería exigible a las autoridades cuando se trate de proyectos a gran escala que puedan provocar daños irreparables a la comunidad. En la medida en que este tipo de empresas modifiquen de manera abrupta el entorno que esta habita, y del cual depende, no basta con indagar su postura al respecto. Es menester que sus miembros consientan la realización de tales iniciativas, para lo cual deben contar con todos los elementos de juicio necesarios para que su decisión sea plenamente informada y consciente. Por último, el Tribunal impuso al Estado la obligación de llevar a cabo estudios de impacto ambiental y social, que tendrían que ser elaborados por entidades independientes y altamente calificadas, antes de emprender cualquier proyecto de esta naturaleza en el territorio del pueblo *Saramaka*<sup>189</sup>.

Para concluir esta relación de los fallos estructurales más sobresalientes sobre asuntos indígenas, se hace alusión al caso de la *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*<sup>190</sup>. La Corte conoció entonces una demanda interpuesta a raíz de una masacre ejecutada por las fuerzas militares en contra de integrantes de la comunidad lingüística *Achí* del pueblo indígena maya. El ataque perpetrado por los agentes del Estado provocó la muerte de 268 personas y el desplazamiento forzado de casi la totalidad de los miembros de la colectividad.

Como ocurrió en los anteriores casos, la Corte emitió una sentencia estructural que pretendía resarcir el daño causado y mejorar las condiciones de vida de la comunidad indígena. En concreto, ordenó la investigación, juzgamiento y sanción de los

---

<sup>188</sup> En estos casos —advirtió el Tribunal— las restricciones al uso y goce de la propiedad indígena serían compensadas por la participación activa que esta tendría en la ejecución de tales proyectos y, especialmente, por la obtención de parte de los beneficios que estas actividades reportan.

<sup>189</sup> Sobre el carácter estructural de las órdenes impartidas en el fallo, LONDOÑO LÁZARO ha apuntado lo siguiente: «Como puede deducirse de las órdenes emanadas del Tribunal, su cabal cumplimiento no se agota con la introducción o reconocimiento de una figura jurídica de carácter legal —como sería el derecho de consulta previa—, sino que *necesariamente requiere el diseño de una política pública* en materia de inversiones y planes de desarrollo a gran escala compatible con el respeto de los DDHH en sus derroteros actuales, así como la implementación de acciones concordantes que combinen distintos niveles de autoridad interna» (énfasis fuera de texto). LONDOÑO LÁZARO, Op. Cit., p. 153.

<sup>190</sup> SCIDH del 19 de noviembre de 2004, Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones)*, serie C, n.º 116.



responsables de la masacre; la prestación gratuita de los servicios de atención médica y psicológica que fuesen requeridos por las víctimas; el pago de indemnizaciones individuales por los perjuicios ocasionados; y la realización de actos de reparación simbólica. En atención a que durante la matanza los militares incineraron y arrasaron las viviendas de las personas ejecutadas, el Tribunal exigió la implementación de «un programa habitacional, mediante el cual se provea de vivienda adecuada [según lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General 4] a aquellas víctimas sobrevivientes que residan en dicha aldea y que así lo requieran»<sup>191</sup>.

Es oportuno llamar la atención sobre una orden dirigida a modificar el entorno social de las comunidades damnificadas por la incursión militar. Acogiendo las peticiones hechas por representantes de la colectividad y la Comisión Interamericana, la Corte ordenó al Estado guatemalteco poner en marcha un «programa de desarrollo [en] salud, educación, producción e infraestructura»<sup>192</sup>. Según se estableció en la parte resolutive del fallo, dicho programa debía promover el estudio y la difusión de la cultura y la lengua maya *achí* en el territorio habitado por el pueblo aborígen; el mantenimiento y la mejora de la red vial que comunica a la comunidad con la *cabecera municipal* de la zona, esto es, con el municipio de Rabinal; la construcción de un sistema de acueducto y alcantarillado que asegure el suministro de agua potable; la asignación de personal docente capacitado para la impartición de educación intercultural y bilingüe en los ciclos de enseñanza primaria y secundaria; y, finalmente, el establecimiento de un centro de salud dotado con el personal necesario para la atención médica y psicológica especializada que requieren los miembros de la comunidad.

Se concluye este apartado mencionando la sentencia *Plan de Sánchez* por cuanto en ella resulta particularmente evidente una de las características más representativas de los fallos estructurales de la Corte Interamericana: su marcada vocación *transformadora*. Este atributo se traduce en que, en vez de ordenar la *restitutio in integrum* de las víctimas, tales decisiones exigen la transformación de las condiciones de vida en que aquellas se encontraban aun antes de sufrir el daño, de manera que se les garantice el cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en la Convención. La obligación de implementar el aludido «programa de desarrollo [en] salud, educación,

---

<sup>191</sup> Ídem, par. 105.

<sup>192</sup> Ídem, par. 109-111.

producción e infraestructura» es un claro ejemplo del enfoque que se resalta ahora. Pues al emitir esta orden el Tribunal no pretende reparar los perjuicios causados al pueblo indígena. Tal objetivo, desde la perspectiva del derecho de daños, se cumpliría con las demás disposiciones que buscan deshacer las secuelas del ataque militar, como ocurre en el caso de aquellas que ordenan la atención médica y psicológica, el pago de indemnizaciones y la devolución del territorio. De tal modo esta última exigencia pretende obrar cambios drásticos en el entorno económico y social de las víctimas a fin de conseguir la superación del abandono estatal y de la marginación social que sufría la comunidad indígena antes de la violación de sus derechos<sup>193</sup>. Con esta observación damos paso a la presentación del segundo grupo de sentencias estructurales aprobadas por la Corte Interamericana.

### ***(2.3.2.) Transformación institucional de los procedimientos y de los protocolos empleados por las autoridades nacionales***

Es importante recordar que la clasificación propuesta de los fallos de la Corte pretende destacar los objetivos más sobresalientes que ella ha perseguido mediante las sentencias estructurales. Tal división —valga la insistencia— reconoce que por lo general estas decisiones persiguen fines diversos, lo que autorizaría su inclusión simultánea en varios conjuntos. Dicha circunstancia debe ser resaltada en este punto, pues la totalidad de las sentencias estructurales busca impulsar cambios sustanciales en el proceder de los Estados. En consecuencia, todas ellas podrían ser incorporadas en este segundo grupo.

Teniendo en cuenta lo anterior, es menester iniciar la presentación de este conjunto señalando que los tres grupos restantes comparten el mismo propósito general que ha inspirado la aprobación de las sentencias que se analizan ahora. De tal manera, las diferencias existentes entre cada una de estas categorías reflejan la especificidad de ciertos objetivos concretos que reclaman un análisis individualizado. En el caso de

---

<sup>193</sup> En el voto concurrente suscrito por el juez HUMBERTO SIERRA PORTO al fallo de la Comunidad Garífuna *Triunfo de la Cruz*, se encuentra un interesante análisis sobre la función que cumplen los fondos de desarrollo cuya constitución es ordenada por el Tribunal. En opinión del magistrado, «la creación del Fondo es una medida de reparación pecuniaria que se suma a las referidas obligaciones generales del Estado». De ahí que los Estados a los que se impone esta obligación no resulten eximidos del deber de implementar otras políticas públicas encaminadas a mejorar las condiciones de vida de sus ciudadanos. SCIDH del 8 de octubre de 2015, Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 304.

las decisiones que se examinan ahora despunta la intención de promover cambios institucionales dirigidos a fortalecer la capacidad de las autoridades para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos.

El fallo emitido en el caso del *Campo Algodonero vs. México* es un ejemplo paradigmático de las sentencias que persiguen este tipo de transformaciones<sup>194</sup>. A raíz de una denuncia interpuesta por el rapto, ultraje y homicidio de tres mujeres menores de veinte años en Ciudad Juárez, la Corte Interamericana se pronunció sobre la violación sistemática de los derechos de la mujer que se ha presentado, hasta nuestros días, en la ciudad fronteriza. A partir del año 1993, según consta en el fallo, se ha producido un vertiginoso incremento del número de desapariciones, vejaciones sexuales y homicidios de mujeres y niñas que habitan en el estado de Chihuahua. Según fue manifestado por la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres de la Comisión Interamericana, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Amnistía Internacional, tales delitos han ocurrido por razones de género y se enmarcan en un contexto cultural de discriminación y violencia contra la mujer<sup>195</sup>.

La intervención emprendida por el Tribunal se trazó como objetivo robustecer los protocolos y los programas dispuestos para la prevención y el esclarecimiento de estos delitos. Pues, a su juicio, la clamorosa impunidad en la que suelen zozobrar tales investigaciones no solo ha acarreado una grave infracción de la Convención Americana, sino que se habría convertido en un perverso incentivo para la proliferación de dichas agresiones. Por otra parte, el fallo se propuso impulsar un ambicioso cambio cultural encaminado a modificar las opiniones y los comportamientos de los operadores jurídicos que participan en estos procesos, así como también del conjunto de la sociedad chihuahuense<sup>196</sup>.

---

<sup>194</sup> SCIDH del 16 de noviembre de 2009, Caso *González y otras («Campo Algodonero») vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 205. Al respecto, ver ABRAMOVICH, VÍCTOR, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, n.º 6, 2010, pp. 167-182.

<sup>195</sup> *Campo Algodonero vs. México*, cit., par. 132-136.

<sup>196</sup> De acuerdo con la observación hecha por TIROCH Y TAPIA, la sentencia del Campo Algodonero es «la primera ocasión en que la Corte abundó de mejor manera y con amplitud en las reparaciones con enfoque de género». TIROCH, KATRIN Y TAPIA OLIVARES, LUIS, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: Análisis de la sentencia González y otras vs. México (Campo Algodonero)», en VON BOGDANDY, ARMIN, FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO Y MORALES ANONIAZZI, MARIELA (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht

En cuanto a lo primero, ordenó al Estado mexicano proseguir con la estandarización de «todos sus protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia, utilizados para investigar todos los delitos que se relacionen con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres, conforme al Protocolo de Estambul, el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas y los estándares internacionales de búsqueda de personas desaparecidas»<sup>197</sup>. En segundo término, exigió un profundo replanteamiento del Protocolo Alba —conjunto de reglas y procedimientos que coordina las actuaciones de las autoridades federales, estatales y municipales frente a estos delitos—, de modo que aquel diera cumplimiento a seis estrictas directrices establecidas por la Corte<sup>198</sup>.

En el mismo sentido, en aras de fomentar la colaboración de los ciudadanos y de difundir la información relacionada con estas desapariciones, dispuso la apertura de una página electrónica donde estuvieran los datos de las mujeres y niñas que han sido reportadas como desaparecidas desde 1993 en el estado de Chihuahua. El sitio web —precisó la Corte— debía permitir el envío anónimo de cualquier noticia relacionada con la situación o el paradero de las víctimas.

La última orden dirigida a modificar el proceder del Estado frente a estas graves infracciones guarda relación con el manejo de los datos personales y genéticos de las mujeres desaparecidas. Atendiendo una solicitud hecha por la Comisión y por los representantes de las víctimas, la Corte ordenó la creación de un banco de información nacional que recogiera (i) la identidad de las mujeres y niñas que no han sido halladas por las autoridades; (ii) la información personal de sus familiares —particularmente, la información genética y las muestras celulares correspondientes— «únicamente con objeto de localizar a la persona desaparecida»; (iii) y, por último, la información

---

und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, México, 2010, tomo II, pp. 497-531.

<sup>197</sup> *Campo Algodonero vs. México*, cit., orden 18.

<sup>198</sup> En concreto, el Tribunal ordenó (i) la implementación de un procedimiento de *búsquedas de oficio* que excluyera cualquier tipo de dilaciones; (ii) la coordinación de todos los cuerpos de seguridad para averiguar el paradero de las personas desaparecidas; (iii) la eliminación de todo obstáculo jurídico o fáctico que pudiese obstaculizar la realización de los procesos de búsqueda; (iv) la asignación de los recursos humanos, económicos, logísticos, científicos y de cualquier índole que fuesen necesarios para el hallazgo de las víctimas; (v) la verificación de los reportes de desaparición en la base de datos nacional cuya creación fue ordenada en el mismo fallo; (vi) y, finalmente, la priorización de las pesquisas en los lugares en los que exista una mayor probabilidad de hallazgo de las personas, así como también la intensificación de los anteriores esfuerzos cuando se trate de menores de edad.

genética y las muestras celulares de los cuerpos de cualquier mujer o niña no identificada que hubiese perdido la vida en el estado.

Por otra parte, el objetivo de impulsar una modificación cultural dirigida a remover el arraigado machismo de la sociedad local motivó la expedición de las dos siguientes órdenes. En primer lugar, el Tribunal dispuso la realización de «un programa de educación destinado a la población en general del estado de Chihuahua, con el fin de superar dicha situación»<sup>199</sup>. El plan en cuestión tendría que ser implementado dentro de un plazo razonable y las actuaciones emprendidas para tal efecto debían ser informadas de manera periódica al Tribunal. En segundo término, la Corte ordenó al Estado mexicano mantener los proyectos de educación en derechos humanos y género que procuran ofrecer una formación integral a los operadores jurídicos que conducen estas investigaciones judiciales<sup>200</sup>.

Un caso relativamente similar fue planteado a la Corte cinco años más adelante en el proceso *Espinoza González vs. Perú*<sup>201</sup>. La denuncia interpuesta en dicha ocasión versaba sobre los vejámenes sexuales y los tratos inhumanos y degradantes a los que fueron sometidas las personas, especialmente las mujeres, acusadas de pertenecer a grupos insurgentes durante la llamada *lucha contrasubversiva* en el Perú. La ciudadana Gladys Espinoza, quien fue detenida y condenada por su presunta participación en el

---

<sup>199</sup> *Campo Algodonero vs. México*, cit., orden 23.

<sup>200</sup> En contra de la definición de esta sentencia como un verdadero fallo estructural podría argüirse —con cierta razón— que la Corte denegó la solicitud que se hizo de ordenar al Estado la adopción de una política pública integral para resolver de manera definitiva este fenómeno (*Campo Algodonero vs. México*, cit., par. 493.). La desestimación de esta pretensión, no obstante, se debió a una razón de orden procedimental. La Comisión Interamericana y los representantes de las víctimas habrían desconocido la exigencia establecida en el artículo 34.1 del reglamento de la Corte que ordena presentar en debida forma los fundamentos fácticos y jurídicos de las peticiones. En atención a que no objetaron la existencia de los programas presentados por el Estado como prueba de los esfuerzos que estaría acometiendo en la materia, y a que no acreditaron los motivos por los cuales tales acciones no constituían una *política integral y coordinada*, el Tribunal se abstuvo de emitir una orden en este sentido. Pese a ello, la sentencia del Campo Algodonero no es solo un modélico ejemplo de los fallos unidireccionales, sino también una de las decisiones que revela con mayor evidencia la acogida que ha tenido el amparo estructural de los derechos en el ámbito interamericano. A nuestro juicio, el diagnóstico hecho por el Tribunal para justificar la realización de dicha intervención judicial —el cual denunciaba «la ausencia de una política general [que tendría que haber] iniciado por lo menos en 1998»— y la acentuada pretensión transformadora del fallo son pruebas irrefutables sobre el carácter estructural de esta decisión. Sobre la vocación transformadora del fallo en cuestión, ver TIROCH Y TAPIA OLIVARES, Op. Cit.; GUILLEROT, JULIE, *Reparaciones con perspectiva de género*, México, D.F., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009; RUBIO-MARÍN, RUTH, «The Gender of Reparations: Setting the Agenda», en RUBIO-MARÍN, RUTH (ed.), *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations*, Nueva York, Social Sciences Research Council, 2006, pp. 20-48.

<sup>201</sup> SCIDH del 20 de noviembre de 2014, Caso *Espinoza González vs. Perú* (*Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*), serie C, n.º 289.

secuestro de un empresario, fue sometida desde su arresto, acaecido en el año 1993, a estos ultrajes. Al analizar el contexto de esta situación, el Tribunal concluyó que tales conductas devinieron en *prácticas generalizadas* durante el lapso 1980-2000, durante el cual las autoridades persiguieron, valiéndose de todo tipo de medios a las organizaciones guerrilleras que buscaban hacerse con el poder en el país suramericano. La gravedad y la copiosidad de estas acciones llevaron a la Corte a concluir que la violencia contra la mujer se habría convertido en un *instrumento* habitual para combatir a los grupos rebeldes.

Además de decretar el restablecimiento de los derechos de la ciudadana —para lo cual ordenó la conclusión de las investigaciones penales, la prestación de los servicios médicos y psicológicos que requiriese, y el pago de las indemnizaciones correspondientes—, la Corte emitió un conjunto de órdenes dirigidas a modificar los procedimientos de investigación y juzgamiento de estos delitos. En primer lugar, exigió al Estado peruano «desarrollar protocolos de investigación para que los casos de tortura, violación sexual y otras formas de violencia sexual sean debidamente investigados y juzgados de conformidad con los estándares indicados en (...) esta Sentencia». Sobre el particular, la Corte fijó más de una docena de reglas para la realización de las entrevistas que deben practicarse a las personas sometidas a estos vejámenes. Dichas directrices regulan desde los asuntos más generales, tales como la obligación de garantizar un ambiente cómodo, seguro, privado y confiable, hasta los detalles más insospechados que deben ser indagados por los investigadores (vg. el deber de averiguar, si la víctima accede a ello, sobre la eventual utilización de preservativos o lubricantes durante la agresión).

Del mismo modo, ordenó la modificación de los protocolos dispuestos para la valoración médica que debe ser realizada en estos casos: exigió la adecuación de estos procedimientos a las directrices establecidas por la Organización Mundial de la Salud en la materia<sup>202</sup> y a las normas contenidas en el Protocolo de Estambul. A su vez, estableció una serie de reglas que debían ser acatadas durante tales prácticas, entre las cuales vale la pena destacar —por su elevado detalle— el deber de adelantar estos exámenes, siempre que ello sea posible, durante las 72 horas posteriores al hecho

---

<sup>202</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guidelines for Medico-Legal Care for Victims of Sexual Violence*, Ginebra, 2003. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42788/1/924154628X.pdf>

denunciado, y la obligación de permitir el acompañamiento de la víctima por una persona de su confianza.

Dos órdenes estructurales fueron emitidas para concluir el fallo. La primera de ellas impuso al Estado la obligación de «incorporar en los programas y cursos permanentes de educación y capacitación dirigidos a quienes están encargados de la persecución penal y su judicialización, los estándares establecidos en (...) esta sentencia». Tales pautas abarcan desde la formación más general sobre el deber de conducir estas investigaciones de manera seria, imparcial y eficiente, hasta una instrucción especializada en temas de género y derechos humanos. La segunda orden asignó a las autoridades el mandato de crear un mecanismo que permita a las mujeres que padecieron estas vejaciones durante el conflicto armado interno obtener «acceso gratuito a una rehabilitación especializada de carácter médico, psicológico y/o psiquiátrico dirigido a reparar este tipo de violaciones»<sup>203</sup>.

Para concluir esta presentación se revisarán dos sentencias estructurales que fueron aprobadas con el objetivo de remediar la violación generalizada de los derechos fundamentales de dos colectividades. El fallo *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú* abordó el «contexto de maltratos físicos y psicológicos» al que han sido sometidos los jóvenes que prestan el servicio militar en el país suramericano<sup>204</sup>. El caso *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala*, por otra parte, se ocupó de la ardua situación que enfrentan las personas que se dedican a la defensa y a la promoción de estos derechos<sup>205</sup>. El primer proceso fue promovido por un ciudadano que sufrió una severa lesión durante su instrucción militar como consecuencia de un golpe propinado por un superior. Al errar en un ejercicio de tiro al blanco, el encargado de dicha práctica golpeó al aprendiz con la culata de un fusil en su frente, lo que produjo la pérdida total y definitiva de la visión de su ojo derecho. Pese a la gravedad de la situación, la víctima únicamente buscó atención médica cinco meses después del evento por miedo a sufrir represalias por parte del agresor o de los demás miembros de la institución militar. Luego de catorce años de espera, durante los cuales el ciudadano y sus familiares

---

<sup>203</sup> *Espinosa González vs. Perú*, cit., orden 15.

<sup>204</sup> SCIDH del 23 de noviembre de 2015, Caso *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú* (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), serie C, n.º 308.

<sup>205</sup> *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala*, cit.

adelantaron diversas actuaciones judiciales, los tribunales nacionales no habían emitido sentencia condenatoria alguna por este hecho.

A pesar de que la Corte manifestó que carecía de elementos de juicio para declarar la existencia de una política de violencia y tortura dentro del estamento militar, la orden emitida en este proceso apunta claramente a una profunda transformación de la «arraigada cultura de violencia y abusos en aplicación de la disciplina y la autoridad militar»<sup>206</sup>. En ese sentido, aprobó una serie de órdenes encaminadas a introducir estrictos controles sobre el tratamiento que reciben los reclutas y, especialmente, a modificar las representaciones y los *valores* que fomentan esta clase de comportamientos. Para empezar, ordenó al Estado incluir módulos de capacitación sobre límites a la disciplina militar en los cursos de formación que ofrece a los miembros de la policía y de las fuerzas militares. En segundo término, dispuso la entrega de una «cartilla de deberes y derechos del personal de servicio militar» a todas las personas que se incorporen a estas instituciones. Dicho boletín, según precisó la Corte, debía proporcionar información completa sobre los mecanismos establecidos para la presentación de quejas y denuncias.

En atención a que la mayoría de estos procesos venían siendo conocidos por la justicia penal militar —lo que constituye una violación del Convenio Americano—, la Corte exigió que todas las denuncias interpuestas por violaciones a la integridad personal ocurridas durante el servicio militar tendrían que ser remitidas a la jurisdicción ordinaria de manera inmediata. A fin de corroborar el acatamiento de estas directrices, ordenó al Estado «disponer la realización de visitas periódicas y no anunciadas a las instalaciones militares donde se realice el servicio militar voluntario, por parte de autoridades independientes, autónomas y con competencia en la materia»<sup>207</sup>. Finalmente, exigió poner en funcionamiento el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes que fue creado por el Congreso nacional, pero que no había sido implementado hasta entonces.

El segundo caso, por otro lado, se enmarca en la dramática realidad que han afrontado los defensores de derechos humanos en Guatemala con posterioridad al acuerdo de paz suscrito en 1996. A pesar de la reducción inicial del número de ataques

---

<sup>206</sup> *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*, cit., par. 57.

<sup>207</sup> *Ídem.*, orden 10



y homicidios en contra de estas personas, se produjo un súbito aumento de tales delitos con ocasión de las investigaciones que algunos de ellos adelantaron a propósito de los crímenes cometidos durante el conflicto armado y la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en el país. El ciudadano A.A. —identificado de este modo por la Corte para proteger su identidad y la de su familia— fue uno de los líderes involucrados en estas indagaciones y en otros procesos de movilización social. Como ocurrió en decenas de casos similares en el país, A.A. perdió la vida en un atentado que no fue esclarecido por los tribunales nacionales. Tras analizar el entorno general en el que han ocurrido estos crímenes, la Corte concluyó que «los principales autores de [las] amenazas y ataques [dirigidos en contra de los defensores de derechos humanos] eran grupos clandestinos y las propias fuerzas de seguridad del Estado; y [además] que la impunidad derivada de la falta de investigación y sanción frente a esos hechos propiciaba su continuidad y su incremento durante el período mencionado»<sup>208</sup>.

Este apartado finaliza con esta sentencia por cuanto en ella, al igual que ocurrió en el caso *Luna López vs. Honduras*, la Corte ordenó de manera abierta la implementación de una política pública. La explicitud del lenguaje empleado por el Tribunal es, según se indicó con antelación, una prueba irrefutable del profundo arraigo que ha obtenido el amparo estructural en el sistema interamericano.

Teniendo en cuenta que las actuaciones emprendidas por las autoridades no lograron conjurar eficazmente las amenazas cernidas sobre los defensores de derechos humanos, la Corte ordenó al Estado guatemalteco «presentar informes anuales en [los] que indique las acciones que se han realizado con el fin de *implementar, dentro de un plazo razonable, una política pública efectiva para la protección de las defensoras y los defensores de derechos humanos*, en los términos (...) de la presente Sentencia»<sup>209</sup> (énfasis fuera de texto). Entre los criterios establecidos en la motivación del fallo sobresalen la obligación de asegurar en su diseño la participación de representantes de la sociedad civil, de los defensores y de expertos en la materia; el deber de crear un programa de análisis de riesgo que permita evaluar adecuadamente el peligro al que se encuentran sometidas estas personas; la tarea de establecer planes de protección que respondan al riesgo particular de cada defensor; el encargo de promover entre los ciudadanos una *cultura* que fomente la valoración y el respeto de la labor que ellos

---

<sup>208</sup> *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala*, cit., par. 78.

<sup>209</sup> Ídem., orden 14.

desarrollan; y, finalmente, la obligación de garantizar la dotación de los recursos presupuestales, humanos, logísticos, y de cualquier índole, que fuesen necesarios para el buen funcionamiento de este programa<sup>210</sup>.

Concluido el análisis de las sentencias que han procurado el fortalecimiento de la capacidad de las autoridades para prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos, se prosigue con el estudio del tercer conjunto de decisiones estructurales.

### ***(2.3.3.) Adecuación de los sistemas penitenciarios a los estándares internacionales contenidos en la Convención Americana***

La primera vez que la Corte Interamericana se pronunció sobre la urgencia de adecuar los centros carcelarios a los parámetros establecidos en la Convención Americana ocurrió en el fallo *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*<sup>211</sup>. Es menester advertir, sin embargo, que las condiciones de reclusión en que se encontraban quienes promovieron este proceso no era el objeto principal de la causa. Por el contrario, el problema jurídico central planteado a la Corte versaba sobre la existencia de una ley que ordenaba a las autoridades judiciales imponer la pena de muerte como única sanción para el delito de *homicidio intencional*<sup>212</sup>. De ahí que el asunto de los límites dispuestos por el sistema interamericano a la aplicación de esta condena fuese el tema principal del fallo y que, en consecuencia, el tema carcelario ocupase un lugar marginal. No obstante, al analizar las pruebas relacionadas con la situación en que se hallaban las 32 personas que acudieron al proceso en calidad de víctimas, el Tribunal concluyó que «la detención previa y posterior al juicio de todas [ellas] se realizó en condiciones de agudo hacinamiento y falta de higiene»<sup>213</sup>. A su vez, comprobó que sus celdas carecían de luz y ventilación suficientes y que se hallaban justo al lado de la cámara de ejecuciones, lo que provocaba un intenso tormento a estas

---

<sup>210</sup> Es preciso señalar que el conjunto de órdenes aprobado en esta sentencia es idéntico al que fue impuesto al Estado de Honduras en el fallo *Luna López*. Al respecto, *Luna López vs. Honduras*, cit., orden 10.

<sup>211</sup> SCIDH del 21 de junio de 2002, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 94.

<sup>212</sup> Con arreglo a dicha ley, los jueces tenían prohibido establecer gradaciones de acuerdo con las circunstancias del caso concreto —fundadas, por ejemplo, en el tipo de culpa o en los antecedentes del agresor—, de manera que la pena de muerte pudiera ser reservada únicamente para los delitos más graves.

<sup>213</sup> *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, cit., par. 84.m.

personas. Con fundamento en estos hallazgos, la Corte ordenó al Estado «modificar las condiciones de su sistema carcelario para adecuarlas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia»<sup>214</sup>.

El Tribunal no precisó, sin embargo, cuáles eran las normas internacionales que debían ser observadas por el Estado y, a diferencia de lo resuelto en los demás casos analizados, se abstuvo de indicar las reformas específicas que debían ser acometidas para dar cumplimiento al fallo. Esta última característica hace de esta decisión una sentencia declarativa pues, además de constatar la violación generalizada de los derechos y de advertir a las autoridades el deber de corregir dicha situación, la Corte no se involucró más allá de esto en la solución de la problemática<sup>215</sup>.

Una decisión similar fue adoptada cinco años después en el proceso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*<sup>216</sup>. La demanda interpuesta denunció la imposición de la pena capital al ciudadano, a quien no se le había permitido un ejercicio adecuado de su derecho a la defensa. Las deplorables condiciones de la cárcel en que aquel se encontraba recluido fueron advertidas por el Tribunal y dieron lugar a la aprobación de la siguiente orden: «El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas necesarias para que las condiciones de las cárceles se adecuen a las normas internacionales de derechos humanos»<sup>217</sup>. Como ocurrió en el anterior caso, la Corte se inhibió de dar instrucciones concretas sobre el tipo de reformas que debían ser

---

<sup>214</sup> Ídem., orden 14. Es preciso anotar que tres años más adelante, en el proceso *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, la Corte reiteró esta orden empleando los mismos términos utilizados en la sentencia en cuestión. *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, cit., orden 5.

<sup>215</sup> Cosa distinta ocurrió respecto de la controversia principal formulada a la Corte, sobre la cual sí emitió órdenes concretas acerca de las actuaciones que debían ser emprendidas por el Estado. Tras concluir que la sanción dispuesta para el delito de homicidio intencional hecha por la ley trinitense resultaba contraria al Convenio, ordenó la suspensión inmediata de su aplicación y la modificación de su contenido, de modo que se ajustara a los parámetros establecidos en la sentencia. Sobre este punto específico, indicó que la ley debía introducir diversos tipos penales para que el delito de homicidio intencional no fuese sancionado en todos los casos con una única condena. En ese sentido, la tipificación de las nuevas conductas debía tener en cuenta la diversa gravedad de los hechos, las circunstancias del delito y del agresor, y debía asegurar la existencia de una relación proporcional entre la actuación del sujeto y la severidad de la pena infligida.

<sup>216</sup> SCIDH del 20 de junio de 2005, Caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 126.

<sup>217</sup> Ídem., orden 12.

implementadas, otorgando así al Estado guatemalteco un amplio margen de discrecionalidad para decidir el modo de dar cumplimiento al fallo<sup>218</sup>.

La tendencia de expedir sentencias meramente declarativas en este ámbito varió parcialmente con el proceso *López Álvarez vs. Honduras*, el cual tuvo origen en una demanda en la que —por vez primera en el sistema interamericano— la situación de las cárceles fue planteada a la Corte como problema jurídico primordial<sup>219</sup>. La víctima había sido sometida a actos de tortura por agentes del Estado, quienes lo obligaron a declararse culpable del delito de posesión de drogas. Mientras fue tramitado el proceso penal abierto en su contra, durante el cual se cometieron graves irregularidades que, a la postre, provocarían su anulación, Alfredo López estuvo privado de la libertad en condiciones indignas. Las dos prisiones en las que permaneció por más de seis años tenían graves problemas de hacinamiento y no disponían de la infraestructura necesaria para albergar de manera salubre y adecuada a la población carcelaria. Carecían, además, de un sistema de clasificación de reclusos que separara a los investigados de los reos condenados; no ofrecían una alimentación adecuada a los detenidos, y contaban con un número insuficiente de literas, por lo que la mayoría de ellos se veían obligados a dormir en el suelo. Para terminar, las autoridades penitenciarias prohibían a los miembros de la comunidad garífuna —minoría étnica a la que pertenecía el ciudadano— el uso de su lengua para comunicarse.

Pese a que la orden emitida conserva gran parte de los rasgos propios de las decisiones declarativas, hay en ella un incremento innegable del grado de especificidad de las actuaciones exigidas al Estado. El Tribunal ordenó la adopción de «medidas tendientes a crear las condiciones que permitan asegurar a los reclusos de los centros penales de Honduras alimentación adecuada, atención médica y condiciones físicas y sanitarias consecuentes con los estándares internacionales sobre la materia, e implementar un programa de capacitación en derechos humanos de los funcionarios que laboren en los centros penitenciarios». La particularidad de esta decisión consiste en que el Tribunal combinó la indicación de las metas concretas que debían ser cumplidas con

---

<sup>218</sup> En el caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*, decidido en el año 2004, la Corte Interamericana también adoptó una decisión declarativa sobre la situación de los centros penitenciarios del país suramericano. SCIDH del 25 de noviembre de 2004, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 119.

<sup>219</sup> SCIDH del 1 de febrero de 2006, Caso *López Álvarez vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 141.

el otorgamiento de un considerable margen de maniobra para su realización. Si bien el señalamiento de tales cometidos no convierte al fallo en una decisión dialógica o unidireccional, no cabe duda de que su inclusión en la sentencia entraña un involucramiento más activo de la Corte en el arreglo de la controversia.

Para concluir esta presentación es pertinente hacer referencia a dos importantes decisiones que han proseguido la evolución jurisprudencial iniciada con el fallo *López Álvarez*. Se trata de las sentencias emitidas en los procesos *Montero Aranguren y otros vs. Venezuela*<sup>220</sup> e *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*<sup>221</sup>. La primera de ellas resolvió una demanda interpuesta por la ejecución extrajudicial de 37 personas que se encontraban recluidas en una cárcel ubicada en la ciudad de Caracas. El fatal evento ocurrió durante una operación militar llevada a cabo con el fin de recuperar el control del penal tras el acaecimiento de graves desmanes relacionados con el fallido golpe de Estado sucedido en el mes de noviembre de 1992. El Tribunal condenó al Estado venezolano luego de comprobar que sus agentes dispararon indiscriminadamente en contra de los detenidos e hicieron un uso desproporcionado de la fuerza. De igual manera, lo declaró responsable de la violación de los derechos a la vida y a la integridad personal de las víctimas por cuenta de las oprobiosas condiciones de encarcelamiento que soportaron mientras estuvieron recluidas.

En aras de poner fin al «extremo hacinamiento y sobrepoblación»<sup>222</sup> de las cárceles, y de garantizar el tratamiento digno y adecuado de los detenidos, la Corte ordenó el acondicionamiento de las prisiones a los parámetros indicados en la sentencia. En ese sentido, fijó cinco directrices que debían ser observadas para garantizar un entorno de reclusión acorde con la dignidad humana. La mayoría de ellas hacían referencia a las condiciones básicas que debían cumplir las celdas de internamiento y las demás instalaciones utilizadas por los reos. Las disposiciones restantes versaban sobre el deber de asegurar una alimentación adecuada, una atención médica de calidad y, por último, alternativas de educación y de trabajo que promovieran la *readaptación social de los internos*.

---

<sup>220</sup> SCIDH del 5 de julio de 2006, Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 150.

<sup>221</sup> SCIDH del 2 de septiembre de 2004, Caso «*Instituto de Reeducción del Menor*» vs. Paraguay (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), serie C, n.º 112.

<sup>222</sup> *Montero y Aranguren y otros vs. Venezuela*, cit., par. 89.

El proceso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* fue promovido con ocasión del desconocimiento sistemático de los derechos de los menores de edad que se encontraban privados de la libertad en el instituto «Panchito López». El centro de detención —una casa residencial que fue utilizada para la reclusión de niños en *conflicto con la ley*— carecía de la infraestructura necesaria para el fin al que fue destinado por las autoridades. Así mismo, contaba con un hacinamiento superior al 50% y «los internos estaban mal alimentados y carecían de asistencia médica, psicológica y dental adecuada»<sup>223</sup>. Disponía, por otro lado, de un número insuficiente de camas, lo que obligaba a que varios de los detenidos pernoctaran en el suelo y, a su vez, facilitaba la perpetración de abusos sexuales entre los menores. Por último, el personal de educación y de seguridad no contaba con formación especializada para el manejo de estos entornos, lo que se tradujo en un trato rudo y severo, discordante con los objetivos que deberían inspirar a estas instituciones. La Corte comprobó, sobre este último asunto, que no era infrecuente la práctica de torturas por parte de los guardias, ni el tráfico de estupefacientes, comercializados por estos últimos, dentro del *hogar de rehabilitación*.

Durante los años 2000 y 2001 se produjeron tres incendios que provocaron graves lesiones a un número significativo de internos y la muerte de algunos de ellos. Debido a estos incidentes, el Estado resolvió clausurar el instituto y adelantar los procesos judiciales correspondientes para establecer la responsabilidad de los funcionarios involucrados en estos hechos. No obstante, tales investigaciones resultaron infructuosas, de manera que las víctimas y sus familiares no recibieron compensación alguna por los daños sufridos.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal declaró la responsabilidad internacional del Estado paraguayo por la violación de los derechos a las garantías judiciales, a la vida, a la integridad personal y a la protección judicial de las víctimas. A fin de resarcir los perjuicios ocasionados, ordenó la adopción de medidas de reparación simbólica y el pago de las indemnizaciones correspondientes. Además, dispuso la implementación de acciones encaminadas a evitar la repetición de sucesos similares y, más concretamente, a asegurar la protección efectiva de los derechos fundamentales de los menores reclusos en estas instituciones. Al respecto, exigió «la elaboración de una *política de Estado de corto, mediano y largo plazo* en materia de niños en conflicto con la ley que sea plenamente consistente con los compromisos internacionales del

---

<sup>223</sup> *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, cit., par. 134.6.

Paraguay» (énfasis fuera de texto). Advirtió que dicha política debía garantizar la total separación tanto de los menores de edad frente a los adultos privados de la libertad como de los menores investigados de los efectivamente condenados. Para terminar, precisó que el aludido plan debía incluir la creación de programas de educación y de atención médica y psicológica para todos los niños que estuviesen en proceso de rehabilitación.

Con el análisis de esta sentencia se da por concluida la presentación de las decisiones más descolantes que han ordenado la modificación de los sistemas penitenciarios nacionales<sup>224</sup> y se continúa con el estudio del último grupo de órdenes estructurales.

#### ***(2.3.4.) Creación de políticas públicas educativas dirigidas a evitar las violaciones de los derechos humanos***

Según se ha podido ver, la imposición de medidas formativas y de capacitación es una práctica común en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Por regla general, su inclusión en los fallos estructurales ha sido animada por el propósito de impulsar cambios en el proceder y en las representaciones de los servidores públicos. Más concretamente, el Tribunal ha pretendido modificar de este modo los patrones de conducta que han provocado las infracciones de la Convención, resultado que, de ser alcanzado, debería garantizar la no repetición de las violaciones de los derechos humanos que han sido juzgadas.

Dentro del numeroso grupo de sentencias que han incluido este tipo de arreglos descuellos un conjunto de decisiones que se han trazado un propósito más amplio y, ciertamente, más ambicioso: órdenes que, además de perseguir el objetivo que se acaba de señalar, pretenden instruir a la ciudadanía sobre las graves consecuencias que en sus países ha acarreado el desconocimiento de la Convención Americana. Tales decisiones disponen la reconstrucción histórica de los hechos que han motivado la condena de los Estados para que las personas tengan noticia de su acaecimiento, lo que debería contribuir a la formación de una sólida conciencia a favor de los derechos humanos.

---

<sup>224</sup> Entre los demás fallos que han ordenado la realización de empresas similares, vale la pena destacar los siguientes: SCIDH del 15 de septiembre de 2005, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 133; SCIDH del 6 de mayo de 2008, Caso *Yvon Neptune vs. Haití* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 180; SCIDH del 27 de abril de 2012, Caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 241.

La sentencia aprobada en el proceso *Gelman vs. Uruguay* es una muestra ejemplar de la utilización de este tipo de medidas para la transformación de la cultura de los pueblos que hacen parte del sistema interamericano<sup>225</sup>. El origen de esta causa se remonta a la década de los años setenta cuando, en el cono sur del continente americano, se fraguó una alianza entre las dictaduras militares que ostentaban el poder para perseguir y eliminar a las organizaciones políticas de izquierda. Según indicó el Tribunal, la puesta en marcha de la Operación Cóndor —nombre que recibió la ominosa empresa interestatal— provocó el surgimiento de un «contexto de prácticas sistemáticas de detenciones arbitrarias, torturas, ejecuciones y desapariciones forzadas perpetradas por las fuerzas de seguridad e inteligencia de la[s] dictadura[s]»<sup>226</sup>.

El señor Marcelo Gelman y su esposa, María García Iruretagoyena, fueron víctimas de estos delitos cometidos en una operación conjunta realizada por miembros de las fuerzas armadas de Argentina y Uruguay. El proceso ante la Corte Interamericana fue promovido por los familiares de los desaparecidos y por la hija que engendró la pareja, María Macarena Gelman García, quien no llegó a conocerlos y únicamente tuvo conocimiento de que eran sus padres al cumplir 23 años de edad. Luego de su alumbramiento, María Macarena fue separada de su madre —de quien hasta el día de hoy se desconoce su paradero— para ser entregada a un matrimonio formado por un policía y su esposa, quienes registraron como hija propia a la menor y le ocultaron su verdadera identidad. Los anteriores hechos no fueron investigados por los tribunales uruguayos debido a la amnistía concedida sobre los delitos cometidos durante el régimen militar por la «Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado», la cual fue promulgada por el Parlamento uruguayo el 22 de diciembre de 1986.

Además de ordenar el restablecimiento de los derechos individuales conculcados —para lo que dispuso la conducción y terminación efectiva de las investigaciones penales y administrativas pertinentes; la localización y entrega de los restos mortales de la señora García Iruretagoyena; la adopción de medidas de reparación simbólica y el pago de las indemnizaciones por los perjuicios causados—, la Corte aprobó tres órdenes estructurales encaminadas a obrar transformaciones sociales y culturales que evitasen la repetición de los hechos juzgados. En primer lugar, impuso al Estado uruguayo la

---

<sup>225</sup> SCIDH del 24 de febrero de 2011, Caso *Gelman vs. Uruguay* (*Fondo y Reparaciones*), serie C, n.º 221.

<sup>226</sup> Ídem., par. 44.



obligación de ofrecer a sus servidores públicos cursos de formación para garantizar una adecuada investigación de las violaciones a la Convención Americana. Específicamente, ordenó la creación de un programa de educación permanente dirigido a los miembros del Ministerio Público y del Poder Judicial sobre la indagación y juzgamiento de los delitos de desaparición forzada y sustracción de menores. En segundo término, exigió a las autoridades nacionales «garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (...) no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos»<sup>227</sup>. Es preciso destacar que la Corte declaró que la ley en cuestión *carece de efectos* debido a su incompatibilidad con el Pacto de San José y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. En consecuencia, el Tribunal no solo dispuso su inaplicación para el caso concreto<sup>228</sup>, sino también para todas las «violaciones de derechos humanos similares acontecidas en Uruguay»<sup>229</sup>. Esta declaración desvararía la totalidad de las investigaciones judiciales relacionadas con hechos semejantes.

Por último, la Corte ordenó permitir el acceso técnico y sistematizado a toda la información que reposa en los archivos estatales sobre las violaciones a los derechos humanos acaecidas durante la dictadura. De este modo pretendía facilitar el avance efectivo de los procesos judiciales y, muy especialmente, poner a disposición de los ciudadanos la documentación que pudiera esclarecer la verdad de este capítulo aciago de la historia latinoamericana. Tal objetivo, según nuestro modo de ver, introduce un matiz especial que distingue a esta decisión de las demás sentencias que han dispuesto la creación de políticas educativas: su intención de impulsar transformaciones culturales orientadas a inocular en las sociedades el valor de la defensa de los derechos y las libertades individuales.

La ya referida sentencia del *Campo Algodonero vs. México* es otra decisión paradigmática sobre el alcance de las órdenes que hacen parte de este conjunto. Al mismo tiempo en que el Tribunal dispuso el robustecimiento de la capacidad de reacción del Estado frente a los delitos cometidos en contra de la mujer en razón de su

---

<sup>227</sup> Ídem., orden 11.

<sup>228</sup> Una interesante reflexión a propósito de las implicaciones de esta orden estructural se encuentra en GARGARELLA, ROBERTO, «La democracia frente a los crímenes masivos: Una reflexión a la luz del caso Gelman», en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 2, Buenos Aires, pp. 2-15.

<sup>229</sup> *Gelman vs. Uruguay*, cit., par. 253.

género, ordenó la adopción de medidas encaminadas a superar los prejuicios que subyacen a estas agresiones. Atendiendo a la complejidad de este propósito, la Corte dispuso que la política educativa para la erradicación del machismo —cuyo diseño fue ordenado en el fallo— no debía ser dirigida únicamente a los funcionarios encargados de la conducción de estas investigaciones. Exigió que dicho programa fuese destinado «a la población en general del estado de Chihuahua»<sup>230</sup>. Pues, según fue señalado acertadamente por el Tribunal, la abolición de estas conductas no se consigue solamente con la eficaz aplicación de las sanciones establecidas en el código penal. Es menester que se produzca una profunda modificación de los paradigmas culturales que han deparado a la mujer una posición secundaria en la sociedad y que, de este modo, han autorizado y promovido la violencia que se practica en su contra de manera habitual.

Una tercera muestra de las decisiones comprendidas en este conjunto se encuentra en la sentencia *Gomes Lund vs. Brasil*<sup>231</sup>. La demanda que dio inicio a este proceso fue interpuesta con el objetivo de denunciar la completa impunidad que se cernía sobre los crímenes cometidos por la dictadura militar en contra de los miembros de organizaciones opositoras. Durante los años 1972 y 1975 —según consta en el fallo— las fuerzas armadas desplegaron una campaña de desprestigio y persecución que tuvo como diana a los integrantes de la *Guerrilha do Araguaia*, agrupación subversiva conformada por miembros del Partido Comunista tras el golpe de Estado acaecido en el año 1964. De acuerdo con la información suministrada a la Corte por la Comisión Especial sobre Muertos y Desaparecidos Políticos, el número de víctimas mortales que produjo dicha operación ascendió a 354 personas. Tales delitos no habían sido investigados hasta la intervención del Tribunal debido a la aprobación de una ley de amnistía que fue promulgada en el año 1979.

Luego de declarar al Estado brasileño responsable de la violación de los derechos a la libertad de pensamiento y de expresión, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la protección judicial, a la integridad personal, a la libertad y a la vida, el Tribunal aprobó un conjunto de órdenes encauzadas a garantizar la reparación integral de las víctimas y a impulsar transformaciones similares a las que fueron proyectadas en los anteriores fallos. En cuanto a lo primero, dispuso la conducción eficaz de las investigaciones penales por los hechos que dieron lugar a la iniciación del proceso; la

---

<sup>230</sup> *Campo Algodonero vs. México*, cit., orden 23.

<sup>231</sup> «*Guerrilha do Araguaia*» vs. *Brasil*, cit.

realización de todos los esfuerzos necesarios para dar con el paradero de los desaparecidos, cuyos restos mortales tendrían que ser entregados a sus deudos; la provisión del tratamiento médico, psicológico y psiquiátrico requerido por los familiares de las víctimas; la ejecución de medidas de reparación simbólica, y el pago de las indemnizaciones correspondientes.

Las órdenes restantes pretendían evitar la repetición de tales sucesos, contribuir a su esclarecimiento histórico y adecuar el ordenamiento jurídico nacional a los requerimientos establecidos por el sistema interamericano. En ese sentido, el Tribunal declaró que la ley de amnistía promulgada por el gobierno militar *carece de efectos jurídicos*, por lo que no podría seguir obstaculizando el progreso de las investigaciones penales relacionadas con las violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura. A su vez, teniendo en cuenta que el código penal no contaba con un tipo específico para la sanción del delito de desaparición forzada, ordenó al Estado tipificar dicha conducta dentro de un plazo razonable y atendiendo los estándares internacionales en la materia<sup>232</sup>. De otro lado, a efectos de erradicar las representaciones que habrían fomentado tales comportamientos en las fuerzas militares, dispuso la implementación de programas de formación *permanente y obligatoria* en derechos humanos para los miembros de todos los niveles jerárquicos de la estructura militar. Por último, a fin de impulsar las reformas culturales mencionadas, ordenó a las autoridades «continuar desarrollando las iniciativas de búsqueda, sistematización y publicación de toda la información sobre la *Guerrilha do Araguaia*, así como de la información relativa a violaciones de derechos humanos ocurridas durante el régimen militar»<sup>233</sup>.

Para concluir este apartado se describe ahora una sentencia reciente en la que se proyecta una de las intervenciones más decididas que ha emprendido la Corte Interamericana para remediar una situación de desconocimiento sistemático de los derechos humanos: sentencia *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala*<sup>234</sup>. Dicha decisión, como ocurre en el caso del *Campo Algodonero*, persigue varios de los objetivos que se han tenido en cuenta para clasificar los fallos estructurales del Tribunal. Por una parte,

---

<sup>232</sup> Cabe anotar que en la motivación de la sentencia el Tribunal exhortó al Estado brasileño a ratificar la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Desaparición Forzada de Personas. Dicho llamamiento, no obstante, no fue consignado en la parte resolutive de la decisión. *Gomes Lund vs. Brasil*, cit., par. 287.

<sup>233</sup> Ídem., orden 16.

<sup>234</sup> SCIDH del 19 de noviembre de 2015, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala* (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), serie C, n.º 307.

pretende impulsar una drástica modificación de los procedimientos y de los protocolos empleados por las autoridades para prevenir y sancionar las violaciones de la Convención. Y, de otro lado, busca allanar el camino de una transformación cultural que rectifique las ideas, opiniones y prejuicios que han propiciado y normalizado las agresiones contra la mujer en la sociedad guatemalteca.

El proceso inició con ocasión del rapto y posterior homicidio de la joven Claudia Isabel Velásquez Paiz, quien perdió la vida el 13 de agosto de 2005 en hechos que no fueron sancionados por los tribunales nacionales. Pese a que sus familiares reportaron su desaparición de manera casi inmediata, las autoridades rehusaron dar inicio a la búsqueda aduciendo la necesidad de esperar un lapso mínimo de un día para que pudiesen emprender las indagaciones correspondientes. Pocas horas después, gracias a una llamada anónima, el Cuerpo Voluntario de Bomberos encontró el cuerpo sin vida de la mujer con indicios de violencia sexual. Además del obrar negligente de la policía — que, de no haberse presentado, hubiera podido evitar la consumación de estos delitos —, los parientes de la víctima tuvieron que enfrentar una serie de irregularidades que entorpecieron el avance del proceso penal abierto por estos hechos. Así pues, al acudir al sistema interamericano, el Poder Judicial guatemalteco no había emitido condena alguna por estos crímenes y, muy por el contrario, las investigaciones daban muestras de encaminarse a la unánime impunidad en que, de acuerdo con los hallazgos hechos por la Corte, zozobra la mayoría de las denuncias de violencia contra la mujer.

Teniendo en cuenta que el Estado había sido condenado por una causa similar en el fallo *Veliz Franco vs. Guatemala*<sup>235</sup>, expedido con apenas un año y medio de diferencia, la Corte resolvió analizar el asunto a la luz del entorno en el que se presentan estas infracciones a la Convención. Al adelantar dicho estudio, observó que «los hechos del presente caso se enmarcan dentro de un contexto de aumento de la violencia homicida contra las mujeres en Guatemala»<sup>236</sup>. Dicho fenómeno se habría agudizado a partir del mes de diciembre de 2005, cuando inició una escalada de ataques, ultrajes y homicidios que han afectado a niñas y mujeres en todo el territorio nacional. El punto más alto de esta acometida ocurrió en el año 2012, cuando Guatemala ocupó el tercer lugar en el listado de países con mayores tasas de feminicidios a nivel mundial. La

---

<sup>235</sup> SCIDH del 19 de mayo de 2014, Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 277.

<sup>236</sup> Ídem., par. 247.

impunidad asociada a estos casos, añadió la Corte, obraría como un perverso estímulo que fomentaría la comisión de estos delitos y, al mismo tiempo, disuadiría a las víctimas de denunciar las agresiones.

La reparación de los perjuicios ocasionados a los familiares de la víctima se ciñó a los parámetros habituales de la Corte. Se ordenó el juzgamiento efectivo de los responsables del homicidio y de los vejámenes infligidos a la joven Velásquez Paiz; la investigación de las irregularidades cometidas durante el trámite del proceso penal; la provisión del servicio médico, psicológico y psiquiátrico que requiriesen; la realización de actos de reparación simbólica, y el pago de las indemnizaciones pertinentes.

Los dos objetivos adicionales que se trazó la Corte —hace poco mencionados— suscitaron la aprobación de órdenes que pretendían obrar cambios definitivos a nivel nacional: el propósito de promover una honda transformación cultural dirigida a remover los prejuicios de los que se nutre la violencia contra la mujer se materializó en la exigencia de «incorporar al currículo del Sistema Educativo Nacional, en todos los niveles educativos, un programa de educación permanente sobre la necesidad de erradicar la discriminación de género, los estereotipos de género y la violencia contra la mujer en Guatemala»<sup>237</sup>.

El objetivo de fortalecer la capacidad investigativa y de reacción inmediata de las autoridades motivó la expedición de cuatro rigurosas órdenes. Para empezar, el Tribunal dispuso la elaboración de un plan de robustecimiento del Instituto Nacional de Ciencias Forenses —entidad encargada de rendir peritajes técnicos a las autoridades judiciales—, pues la falta de recursos financieros, logísticos y humanos de la institución se había convertido en un grave inconveniente para el avance de estas investigaciones. En segundo lugar, ordenó poner en funcionamiento los tribunales y las fiscalías cuya creación había sido prevista en la «Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer». Pese a que dicha ley había dispuesto la implementación de una red de juzgados y fiscalías especializadas en la investigación de tales delitos, apenas algunos de estos despachos habían sido puestos al servicio de la ciudadanía. De otro lado, con el propósito de adecuar el proceder de los servidores públicos encargados de la sustanciación de estos procesos a los parámetros de la Convención, exigió la implementación de cursos permanentes de formación «en materia de prevención,

---

<sup>237</sup> Ídem., orden 13.

eventual sanción y erradicación de homicidios de mujeres y capacitarlos sobre la debida aplicación de la normativa internacional y jurisprudencia de este Tribunal en la materia»<sup>238</sup>. Para terminar, en atención a que el Estado guatemalteco no acreditó la eficacia de los programas diseñados para el hallazgo de las mujeres desaparecidas, exigió la adopción de «una estrategia, sistema, mecanismo o programa nacional, a través de medidas legislativas o de otro carácter, a efectos de lograr la búsqueda eficaz e inmediata de mujeres desaparecidas»<sup>239</sup>.

Con este último fallo, que pone en evidencia tanto el profundo arraigo del amparo estructural en el sistema interamericano como el incremento progresivo del grado de intervención del Tribunal en estos asuntos, se da por concluido este apartado. Antes de continuar con el análisis de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales —tema al que se encuentra dedicado el capítulo III—, resulta oportuno reiterar que esta investigación se ocupa del devenir de las sentencias estructurales *dentro de los ordenamientos jurídicos internos*. Por tanto, el análisis realizado en esta sección pretendía ilustrar únicamente la expansión del modelo de actuación judicial de estas decisiones. En consecuencia, el estudio que se desarrolla en los capítulos siguientes no necesariamente permite esclarecer el origen —capítulo IV— o la eficacia —capítulo V— de los fallos estructurales emitidos por los tribunales regionales de derechos humanos. Dicha tarea ,que requeriría la realización de un estudio similar al que se ha hecho en esta oportunidad, tanto en su extensión como en su profundidad, es una de las líneas de investigación que surgen de este trabajo.

---

<sup>238</sup> Ídem., orden 16.

<sup>239</sup> Ídem., orden 17.

### CAPÍTULO III

#### POLÍTICAS PÚBLICAS, DEMOCRACIA Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL: EL DILEMA DE LA LEGITIMIDAD DE LAS INTERVENCIONES ESTRUCTURALES

*(3.1.) Objeciones fundadas en el principio de la separación de poderes; (3.2.) Reacciones frente al surgimiento de las sentencias estructurales; (3.3.) Reparos planteados a la participación de los tribunales en el proceso de creación e implementación de las políticas públicas; (3.4.) Argumentos a favor del amparo estructural de los derechos; (3.5.) Reflexiones en torno al problema de la legitimidad democrática de las sentencias estructurales; (3.6.) Criterios para la valoración de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales; (3.7.) ¿Es verdaderamente antidemocrática la introducción de controles judiciales sobre la acción pública del Estado?; (3.8.) La representación material de los intereses de los ciudadanos; (3.9.) La órbita de «lo indecible» en el ámbito de las políticas públicas; (3.10.) La solución de las controversias estructurales bajo los procedimientos de la política convencional*

##### ***(3.1.) Objeciones fundadas en el principio de la separación de poderes***

La definición propuesta de los fallos estructurales —según la cual, tales decisiones son órdenes judiciales que disponen el diseño y la implementación de políticas públicas para asegurar la protección efectiva de los derechos de extensos grupos de ciudadanos— revela, de entrada, el carácter problemático de estas actuaciones. La figuración de un tribunal que, aislado en su despacho, decide imponer a la Administración, o al Legislador, las políticas públicas que deben ser implementadas para dar cumplimiento a la Constitución parece reñir con la idea tradicional que se tiene del obrar judicial. Esto es así debido a la honda huella que ha dejado la formulación del principio clásico de la separación de poderes<sup>240</sup>.

De acuerdo con este postulado, actuaciones como las descritas deberían estar reservadas a las instituciones que cuentan con legitimidad democrática formal por las dos siguientes razones: en primer lugar, en la medida en que la adopción de las políticas

---

<sup>240</sup> Entre las numerosas obras que han abordado el principio de separación de poderes conviene destacar los trabajos de VILE, M.J.C. *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008; JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002; CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND, *Teoría General del Estado*, México, UNAM y Fondo de Cultura Económica, 1998; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, «Sobre el principio de la separación de poderes», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 24, 1981, pp. 215-234; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas Ediciones, 1998; ACKERMAN, BRUCE, *La nueva división de poderes*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2007.

públicas supone un ejercicio previo de ponderación de necesidades sociales y de priorización de objetivos colectivos, es menester que quien cumple esta tarea cuente con la *auctoritas* que brinda el hecho de haber recibido este especial encargo de manos de los ciudadanos<sup>241</sup>. En segundo término, de acuerdo con este mismo principio, convendría que dicha tarea fuese realizada por burócratas que contaran con la preparación específica que demanda esta compleja labor. Tal exigencia cobra especial importancia en nuestro caso debido a que el diseño y la implementación de las políticas públicas requiere el dominio de una gran variedad de saberes técnicos<sup>242</sup>.

Así pues, de acuerdo con este planteamiento, no parecería *legítimo* ni *adecuado* que los tribunales se involucraran en asuntos de esta naturaleza. Sin embargo, la realidad demuestra que su activa participación en ámbitos tradicionalmente encomendados a las autoridades representativas se ha convertido en un uso relativamente habitual en la práctica actual del derecho.

Resulta cada vez menos inusual que los tribunales ordenen la protección de los derechos de los ciudadanos recurriendo a órdenes que, desde la tradicional mirada que acaba de ser descrita, son abiertamente heterodoxas. Según se evidencia en los capítulos precedentes, mediante ellas se dispone la implementación de programas generales; el desarrollo de estrategias de largo aliento; la ejecución de profundas transformaciones en las instituciones estatales; la realización de cuantiosas inversiones encaminadas a asegurar la protección de derechos específicos; y, entre otras tantas medidas, la elaboración de planes que buscan mejorar las condiciones materiales de determinados grupos de la población; todo ello sin que haya ocurrido un cambio explícito del

---

<sup>241</sup> Al exponer su crítica al modelo de control constitucional que se ha impuesto en los ordenamientos, WALDRON ha hecho especial énfasis en el problema de la legitimidad democrática de aquellas decisiones que, como ocurre en el caso de las sentencias estructurales, especifican cuál es el contenido de los derechos reconocidos en un sistema jurídico. En su opinión, el principal reparo que suscitan estas decisiones no se funda en el cuestionamiento de la capacidad de los jueces para zanjar de manera razonada estas discusiones. La objeción principal giraría en torno a la autoridad —por él discutida— que permite a los jueces concluir estas controversias de manera definitiva. En concreto, WALDRON censura que un ordenamiento que ha hecho de la autonomía personal su bien más preciado desconfíe del discernimiento de los ciudadanos para decidir, precisamente, aquellos asuntos que resultan más relevantes para la vida en sociedad. WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

<sup>242</sup> Vale la pena destacar que ninguna disciplina brinda la totalidad de los elementos requeridos para el análisis de la acción pública de los Estados. De ahí que su estudio se nutra de los aportes que le ofrecen diferentes áreas del conocimiento como la psicología, la sociología, la economía, la geografía, el derecho, entre otras. Al respecto, ver HARGUINDÉGUY, JEAN-BAPTISTE, *Análisis de las políticas públicas*, Madrid, Tecnos, 2013, p. 23-36; THOENIG, JEAN-CLAUDE, «Política pública y acción pública», en *Gestión y política pública*, vol. 1, n.º 1, 1997, pp. 19-37.



paradigma que gobierna el proceder de los tribunales dentro de los ordenamientos jurídicos.

### ***(3.2.) Reacciones frente al surgimiento de las sentencias estructurales***

La aparición de este modelo de actuación judicial ha suscitado opiniones que pueden ser clasificadas en tres grupos. En primer lugar, se encuentra una postura que, invocando el aludido principio de la separación de poderes, se opone de manera enfática a estas actuaciones. En segundo término, se halla la posición de quienes, desde las antípodas de este planteamiento, han respaldado de manera decidida la aprobación de los fallos estructurales. Por último, se ha planteado una postura ecléctica que valora positivamente el involucramiento de los tribunales en estos ámbitos, pero que afirma, con igual determinación, la necesidad de restringir el alcance de tales intervenciones.

De acuerdo con este último criterio, los tribunales deben obrar de modo tal que se prevenga el eventual desplazamiento de las autoridades representativas del ejercicio de sus competencias. En consecuencia, aquellos no estarían llamados a participar de manera directa en el diseño e implementación de las políticas públicas. En lugar de ello, tendrían que urgir a los órganos políticos para que estos mismos realizaran dichas labores atendiendo las directrices establecidas en la Constitución.

A continuación se realiza una presentación general de estas posturas que habrá de facilitar la identificación de las ventajas y de los riesgos que provoca el amparo estructural en las democracias constitucionales.

### ***(3.3.) Reparos planteados a la participación de los tribunales en el proceso de creación e implementación de las políticas públicas***

Para empezar, se hará alusión a la postura que ha objetado con mayor vigor el surgimiento de estas intervenciones judiciales<sup>243</sup>. Según este criterio, la mayor amenaza que trae consigo el amparo estructural se encuentra en el posible desplazamiento de la deliberación democrática de su entorno natural. La materialización de este riesgo traería como resultado una notable merma de la calidad de la democracia y, en segundo término, una nociva desnaturalización de la administración de justicia.

En cuanto a lo primero, las intervenciones estructurales limitarían la espontaneidad del debate político y obstaculizarían la fiel representación de los intereses de los electores. A la luz de este planteamiento, al verse obligados a ocuparse de las complejas actuaciones ordenadas por los tribunales, los representantes tendrían que modificar la agenda política de las instituciones. La inclusión forzada de nuevos asuntos acabaría por relegar otros contenidos que, a diferencia de aquellos que han sido impuestos desde la judicatura, coinciden con las preferencias y los intereses de los electores. Este resultado, en la medida en que conlleva un alejamiento de la voluntad general que ha prevalecido entre los ciudadanos, podría ser interpretado como un desmedro de la calidad de la democracia.

A esta preocupación habría que añadir la ausencia de controles estrictamente democráticos sobre la labor desarrollada por los tribunales<sup>244</sup>. Pues, a diferencia de lo

---

<sup>243</sup> ROBERT NAGEL ha cuestionado de manera incisiva la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos sobre el principio de la separación de los poderes públicos. La posición del Tribunal sería, en opinión del autor, una de las causas fundamentales de la difusión de las sentencias estructurales en el ordenamiento norteamericano. De acuerdo con la línea jurisprudencial que se remonta a las sentencias *Elrod v. Burns* (427 U.S. 347, 1976) y *Baker v. Carr* (369 U.S. 186, 226, 1962), existe una clara distinción entre los efectos de la separación *horizontal* del poder y aquellos que surgen de la separación en sentido *vertical*. Con base en dicha división, la Corte ha declarado que las restricciones basadas en el primer modelo —esto es, aquellas que proponen la diferenciación entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial— no son oponibles a los tribunales federales en el ejercicio de sus competencias sobre los estados.

A juicio de NAGEL, lo anterior habría animado a estos tribunales a imponer decisiones que serían por completo inaceptables de ser aprobadas por cualquier otra autoridad. Esto es así en la medida en que dichas determinaciones desconocen abiertamente el propósito democrático de prevenir la concentración de poderes en una única autoridad. Aunado a lo anterior, al permitir el ejercicio de competencias legislativas y ejecutivas a los tribunales, se vulneraría lo dispuesto en la décima enmienda a la Constitución norteamericana, se desconocería el precedente establecido por la misma Corte Suprema en la materia y se estaría consintiendo el «sacrificio de valores fundamentales para la democracia». Para terminar, el autor recuerda la advertencia hecha por MADISON, según la cual la tiranía aparece allí donde se permite la reunión de todos los poderes atribuidos al Estado en una misma persona. Quien cuenta con un poder semejante —declaró el influyente redactor de la Constitución estadounidense— «se puede comportar con toda la violencia de un opresor». NAGEL, ROBERT, «Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies», en *Stanford Law Review*, vol. 30, n.º 4, 1978, pp. 661-724.

<sup>244</sup> Una llamativa excepción a esta regla ha sido propuesta por la Constitución boliviana aprobada en el año 2009. De acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 182 y 198, los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia y del Tribunal Constitucional Plurinacional son elegidos «mediante sufragio

que ocurre con las autoridades políticas, su elección y la continuidad de sus miembros en los cargos no dependen del respaldo electoral de los ciudadanos<sup>245</sup>. En consecuencia, los electores no tendrían oportunidad de incidir sobre el tipo de políticas públicas que son ordenadas mediante las sentencias, así como tampoco podrían sancionar el mal desempeño de los jueces en la materia.

Con arreglo a este planteamiento, los tribunales estarían adoptando decisiones de marcada índole política sin que existan instrumentos de control de igual naturaleza. Antes bien, los mecanismos disponibles —esto es, los recursos judiciales contra las sentencias, y las acciones penales y disciplinarias que permiten censurar el obrar del juez— únicamente conducirían a una verificación de orden jurídico. En consecuencia, la responsabilidad política que nace de la adopción de estas decisiones, que es en todo diferente a aquella que surge del eventual desconocimiento de las normas jurídicas, no podría ser exigida de ninguna manera. En suma, los ciudadanos no contarían con la posibilidad de hacer uso del *voto castigo*, que es una de las herramientas más eficaces para asegurar la fidelidad de la representación democrática y el correcto desempeño de los funcionarios elegidos. El segundo inconveniente que traería el progresivo traslado de la deliberación democrática a los estrados judiciales consistiría en la desfiguración del quehacer de los tribunales. De acuerdo con esta objeción, en cuanto los ciudadanos advierten que las acciones judiciales pueden ser empleadas como instrumentos de acción política, se produce un cambio en la percepción que tienen de aquellos y, tiempo después, una modificación en el propio funcionamiento de los tribunales.

En lugar de ser considerados como operadores jurídicos encargados de aplicar la ley y la Constitución de manera objetiva e imparcial, los tribunales pasarían a ser percibidos como actores políticos que cuentan con la capacidad de incidir y reformar la agenda institucional que define la acción pública del Estado<sup>246</sup>. La difusión de esta idea

---

universal». Al respecto, ver SALAZAR UGARTE, PEDRO, *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos Latinoamericanos*, Fontamara, México, 2013; SALAZAR UGARTE, PEDRO, «El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 34, 2009, pp. 181-191.

<sup>245</sup> La omisión de esta exigencia se funda en que la administración de justicia sería un ejercicio objetivo de solución de controversias que se basa en la mera aplicación de reglas preexistentes. Por tal razón, no tendría sentido exigir a funcionarios que obran con total sujeción a las reglas y sin ningún tipo de cálculo político, una refrendación popular.

<sup>246</sup> FEREJOHN, JOHN, «Judicialización de la política, politización de la ley», en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLV, n.º 184, enero-abril, 2002, pp. 13-49.

socavaría la base fundamental sobre la que se apoya la legitimidad de los tribunales, la cual descansa en el estricto apego a las normas jurídicas.

En opinión de los detractores del amparo estructural, los tribunales que adoptan estas decisiones suelen acudir a intrincadas interpretaciones que guardan poca fidelidad con los preceptos incluidos en la Constitución y en la ley. Destacan, igualmente, que por regla general los textos constitucionales no precisan el contenido específico de las políticas públicas que han de ser ejecutadas. Tales normas otorgan un amplio margen de maniobra para que la acción del Estado se oriente de acuerdo con las preferencias ideológicas de los ciudadanos.

Según lo anterior, el proceso de adjudicación que concluye con la emisión de una orden estructural incurriría en el yerro de suplantar el sentido normativo de la Constitución. Más concretamente, el desacierto consistiría en asignar un único sentido a disposiciones que carecen de un significado que pueda ser reputado como auténtico. Dicho en otras palabras, los textos normativos esgrimidos por los tribunales para justificar estas intervenciones no prescribirían consecuencias jurídicas como las que se proponen en estas decisiones. Por el contrario, serían normas de carácter abierto cuya indeterminación persigue, precisamente, fomentar el debate democrático. En consecuencia, al margen de la razonabilidad de los argumentos propuestos en los fallos estructurales, tales sentencias no serían el resultado de la *aplicación* de los preceptos jurídicos argüidos por los tribunales, sino el fruto de una argumentación señaladamente política.

Desde la aparición del principio del *rule of law*, la sujeción de los tribunales al derecho se ha convertido en una pieza clave dentro del engranaje dispuesto por el constitucionalismo para la realización de sus cometidos<sup>247</sup>. Mediante su articulación en los ordenamientos se pretende asegurar la consecución de dos objetivos: en primer lugar, se ampara la independencia del juez frente a eventuales injerencias provenientes

---

<sup>247</sup> LOWENSTEIN destacó en los siguientes términos la íntima relación que guarda la independencia judicial con el Estado de Derecho: «La independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas y su libertad a todo tipo de interferencias de cualquier otro detentador del poder, constituye la piedra final en el edificio del Estado democrático constitucional de Derecho». LOWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, 2da. Ed., Barcelona, Ariel, 1976, p. 294. En el mismo sentido, ver GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Cívitas, 1995, p. 120 y ss. Por último, conviene destacar la afirmación hecha por DIETER, según la cual «Entre todas las instituciones de nuestra vida jurídica, la idea del Estado de derecho celebra su máximo triunfo en la independencia de la decisión del juez». DIETER, SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 11.

de otros poderes públicos<sup>248</sup>; y, en segundo término, se garantiza que la solución de las controversias sociales ocurra mediante la fiel aplicación de las directrices fijadas por las normas de derecho positivo.

Pues bien, al poner en duda que las sentencias estructurales sean producto de la aplicación de la Constitución al caso concreto, la legitimidad de estas decisiones pasaría a ser un asunto discutible. Esto es así por cuanto se espera que los tribunales resuelvan las causas judiciales sin recurrir a sus particulares concepciones sobre la justicia, la moral o el derecho. En lugar de esto, las autoridades judiciales tienen la obligación de resolver las demandas de justicia sometidas a su conocimiento, acudiendo únicamente a las soluciones que han sido previstas en la ley y en la Constitución.

Para terminar, es preciso hacer un último comentario en torno a la alegada desnaturalización de la administración de justicia. Según la crítica planteada a los fallos estructurales, por esta vía se produciría una nociva politización de la justicia que afectaría la elección de los magistrados y que perjudicaría el adecuado funcionamiento de los tribunales. De acuerdo con este señalamiento, al advertir que los estrados judiciales son espacios propicios para incidir en la acción pública del Estado, es previsible que los actores políticos intenten participar en la conformación de los tribunales con el fin de favorecer sus intereses. En este sentido, el proceso de elección de magistrados no sería para ellos un trámite ordinario, insustancial en sus consecuencias por cuanto se limitaría a la sustitución de un operador jurídico por otro, sino una valiosa oportunidad para ocupar un espacio de influencia política<sup>249</sup>. El vivo interés que demuestran los partidos políticos en el nombramiento de los integrantes de

---

<sup>248</sup> Sobre la distinción entre los conceptos de independencia judicial, imparcialidad y objetividad, ver CHAIRES, JORGE, «La independencia del Poder Judicial», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 110, 2004, pp. 523-545.

<sup>249</sup> En opinión de FEREJOHN, el creciente interés de las organizaciones y de los actores políticos alrededor de la designación de los tribunales que realizan una activa intervención en el ejercicio político es, a la vez, *inevitable* y *legítimo*. En cuanto a lo primero, el autor apunta que es apenas previsible que se produzcan reacciones populares y políticas cuando las sentencias judiciales desbordan los márgenes dentro de los cuales, por lo regular, se despliegan los efectos de sus decisiones. En la medida en que sus fallos comprometan a un número cada vez mayor de personas, y en que resuelvan asuntos de interés general, se incrementa el interés por intervenir en la elección de quienes adoptan este tipo de decisiones.

A su vez, dicha expectativa de incidencia en el proceso de designación de los magistrados sería legítima dado que nace de una preocupación esencialmente democrática. Se trata de aquella inquietud civil que mueve a los ciudadanos a interesarse por la conformación de los espacios en los que se adoptan decisiones que han de comprometer a la sociedad o a una parte significativa de ella. Así pues, en la medida en que la facultad de aprobar decisiones que puedan ser impuestas con una cierta vocación de generalidad supone la existencia de un fundamento democrático, es válido que los ciudadanos se interesen por la configuración de este *nicho de poder* y procuren participar en dicho proceso. FEREJOHN, Op. Cit., p. 16.

los tribunales que ejercen la jurisdicción constitucional parece confirmar la veracidad de esta afirmación<sup>250</sup>.

Con arreglo a este planteamiento, la incursión de los tribunales en el ámbito de la *política* produciría un movimiento en dirección contraria que llevaría, esta vez, a la *política* al escenario de la judicatura. Dicho de otro modo, la aparición del amparo estructural de los derechos —y de los demás fenómenos que tienen en común con este la intervención de las autoridades judiciales en asuntos que anteriormente se encontraban reservados a los actores políticos— puede producir una nociva politización de la justicia.

La perjudicial presencia de estos actores en los tribunales, ataviados ahora como magistrados bajo las túnicas que representan la imparcial administración de justicia, es sin duda un riesgo real que debe ser combatido de manera enérgica. Su arribo a estas instituciones conlleva una seria afectación de las expectativas de imparcialidad y objetividad. Supone, adicionalmente, la introducción de agendas políticas que resultan contrarias a las legítimas exigencias de rigor y probidad que cabría oponer al proceder de los jueces<sup>251</sup>.

---

<sup>250</sup> Prueba de ello se encuentra en la controversia política que ha suscitado en nuestros días la súbita muerte del juez ANTONIN SCALIA, magistrado de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, ampliamente conocido por sus posturas conservadoras y por su férrea defensa del originalismo como método de interpretación del texto constitucional norteamericano. La designación de su sucesor se ha convertido en un asunto central en los debates entre los candidatos que aspiran a llegar a la Casa Blanca, y ha dado lugar a una solicitud formulada por el Partido Republicano para que el Ejecutivo se abstenga de nominar a un nuevo juez hasta que haya concluido la elección del próximo Presidente de la Unión. OSNOS, EVAN, «The Death of Antonin Scalia», en *The New Yorker*, publicado el 13 de febrero de 2016. Recuperado el día 16 de febrero de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.newyorker.com/news/news-desk/the-death-of-antonin-scalia>

<sup>251</sup> La crítica que se formula a la politización de la justicia en modo alguno propone como paradigma de la actuación judicial la completa disociación entre política y derecho. Como lo han demostrado los estudios críticos del derecho (*Critical Legal Studies*), la administración de justicia es un ejercicio en el que, de algún modo, acaban por ejercer influencia las posturas ideológicas, las filiaciones políticas y las cargas emotivas de los jueces. De ahí que la figuración de un juez ideal que sea por completo indiferente a cualquier inclinación política y que, además, sea capaz de apartar por completo su experiencia como ciudadano, sea por completo ilusoria. Sin embargo, el reconocimiento de esta influencia no conduce a la renuncia de las aludidas expectativas de rigor, probidad y sometimiento al derecho. En nuestra opinión, el fortalecimiento institucional de la técnica de los precedentes judiciales, sumado a otras medidas que apuntan a esta misma dirección, permite conseguir un óptimo equilibrio entre las demandas de predictibilidad y objetividad que deben satisfacer las sentencias con la intención de aprobar decisiones justas que razonablemente puede albergar un juez. Sobre los estudios críticos del derecho, ver MANGABEIRA, ROBERTO, «The Critical Legal Studies Movement», en *Harvard Law Review*, vol. 96, n.º 3, 1983, pp. 561-675; TUSHNET, MARK, «Critical Legal Studies: A Political History», en *The Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 5, 1991, pp. 1515-1544; KENNEDY, DUNCAN, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

Una vez han sido esbozadas las principales críticas en contra del amparo estructural, la exposición ahora le corresponde a la segunda postura que ha sido planteada frente a estas intervenciones, la posición favorable.

#### ***(3.4.) Argumentos a favor del amparo estructural de los derechos***

A la postura de radical resistencia al amparo estructural de los derechos se enfrenta una opinión doctrinal que es por completo favorable a este tipo de intervenciones. Se trata de una posición que ha defendido la conveniencia y el carácter estrictamente jurídico de las sentencias estructurales. En resumen, de acuerdo con la apreciación que se ha hecho del fenómeno desde esta perspectiva, dichas órdenes no solo serían instrumentos adecuados para proteger los derechos de los ciudadanos; serían, además, valiosas herramientas que servirían al propósito de mejorar la calidad de la democracia, entendiendo por ello la efectividad material de los derechos constitucionales.

La justificación del amparo estructural empieza por una profunda revisión del mencionado principio de la separación de los poderes públicos. Sin cuestionar los propósitos que inspiraron este modelo de distribución de competencias —los cuales apuntan al fortalecimiento de las libertades individuales y a la interdicción de la arbitrariedad estatal<sup>252</sup>— han ubicado históricamente dicho principio en el contexto político y social en el que fue formulado. La referida separación de las funciones públicas pretendía proteger la libertad de los ciudadanos frente al mayor peligro que entonces se cernía sobre ella: la acción del Estado-leviatán que amenazaba con lesionar y obstaculizar el goce de los derechos individuales.

En opinión de los defensores de los fallos estructurales, una concepción semejante del obrar del Estado resulta anacrónica en la actualidad. Si bien la acción de las autoridades es aún una amenaza para la libertad de los ciudadanos, el principal riesgo que la acecharía en nuestros días proviene de su eventual inacción frente al peligro que representa el poder fáctico que han acumulado entidades y sujetos diferentes al Estado.

Lo anterior se evidencia en la trascendental modificación que han experimentado las obligaciones que recaen sobre los Estados en el ámbito de los derechos humanos.

---

<sup>252</sup> VILE, M.J.C. Op. Cit.

Mientras el modelo clásico del Estado de Derecho parecía imponer únicamente un mandato general de *respeto* —en virtud del cual debía abstenerse de violar estos derechos— actualmente este deber se acompaña de otras obligaciones que exigen actuaciones de carácter positivo. Los mandatos de *protección y garantía*, que han surgido gracias a la paulatina modificación del paradigma liberal clásico, imponen a los Estados el deber de prevenir y sancionar las violaciones de los derechos que sean infligidas por otros sujetos, y la obligación de adoptar medidas encaminadas a asegurar su efectividad material<sup>253</sup>.

Así pues, el transcurso del tiempo habría demostrado la necesidad de introducir importantes ajustes al modelo de organización del Estado para garantizar la libertad de los ciudadanos. El sistema de frenos y contrapesos, particularmente eficiente para conjurar la concentración de poder y garantizar el control recíproco entre las autoridades, habría devenido ineficaz para regular el funcionamiento de un Estado que debe asumir en nuestro tiempo una actitud proactiva para asegurar el goce efectivo de los derechos que no pueden ser amparados únicamente mediante actos de omisión. Además de perseguir la interdicción de la arbitrariedad, principio que conserva aún un valor prevalente para el constitucionalismo, sería necesario que la estructuración de los poderes públicos fomentase entre ellos relaciones de colaboración y armonía para que puedan afrontar los retos que deben solucionar de manera conjunta. En palabras de Villar Borda: «El principio clásico [de separación de poderes] es entendido hoy en el sentido de una moderación, balanceo y mutuo control de los órganos del poder público, en la búsqueda de *cooperación dada la complejidad del Estado moderno y la multiplicidad de funciones que se le encomiendan*» (énfasis fuera de texto)<sup>254</sup>.

Con fundamento en esta idea, quienes defienden el amparo estructural han declarado que no todas las intervenciones judiciales constituyen intrusiones ilegítimas en las competencias atribuidas a otras autoridades. Serían, más bien, la materialización de este mandato de colaboración armónica entre los poderes públicos. A través de ellas

---

<sup>253</sup> Sobre el alcance de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, ver, entre otros, VAN HOFF, FRIED, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en ALSTON, PHILIP Y TOMASEVSKI, KATARINA (eds), *The right to food*, Boston, Stichting Studie, en Informatiecentrum Mensenrechten, 1984, pp. 97-111; EIDE, ASBJORN, KRAUSE, CATARINA Y ROSAS, ALLAN (eds.), *Economic, social and cultural rights*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1995; ABRAMOVICH y COURTIS, Op. Cit.

<sup>254</sup> VILLAR BORDA, LUIS, «Estado de derecho y Estado social de derecho», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007, pp. 73-96.



los tribunales procurarían remediar la parálisis de los procesos de acción política del Estado cuando la inacción de las autoridades, o su obrar negligente, desencadena violaciones generalizadas de los derechos de los ciudadanos. El objetivo final de estas actuaciones no apuntaría entonces a la sustitución de las autoridades en el cumplimiento de sus labores, perseguiría la superación de las causas que han provocado la parálisis institucional para que, una vez resuelta dicha situación, el normal ejercicio de sus competencias recupere su funcionamiento ordinario.

Una clara muestra de esta argumentación se encuentra en la sentencia T-025 de 2004, en la que la Corte Constitucional colombiana justificó en los siguientes términos la legitimidad de la intervención que ha emprendido en el caso de las víctimas del desplazamiento forzado:

Con el fin de corregir esta situación [de estancamiento institucional], es necesario que las distintas entidades nacionales y territoriales encargadas de la atención de la población desplazada, cumplan a cabalidad con sus deberes constitucionales y legales y adopten, en un plazo razonable, y dentro de las órbitas de sus competencias, los correctivos que aseguren una suficiente apropiación presupuestal. *Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes.* Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, *está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder*, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional (énfasis fuera de texto).

De la anterior cita interesa destacar un argumento que hasta ahora no ha sido mencionado. Se trata de la referencia que hace la Corte a la eficacia normativa de la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>255</sup>. Según el razonamiento del Tribunal, dicha estipulación determinaría el papel que les corresponde a los jueces frente a los derechos de contenido prestacional.

---

<sup>255</sup> SOTELO, IGNACIO, *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta, 2010; GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado constitucional*, Madrid, Alianza Universitaria, 1995; BENDA, ERNESTO, «El Estado Social de Derecho», en BENDA ET AL., *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en señalar que los primeros destinatarios del mandato normativo contenido en la cláusula del Estado Social de Derecho son el Legislador y el Ejecutivo. Sobre estas autoridades recae la obligación de idear e implementar las políticas públicas y los demás arreglos institucionales requeridos para la satisfacción de los derechos sociales. Las discrepancias en la materia surgen cuando el incumplimiento de estos compromisos da lugar a la presentación de demandas judiciales con las cuales se exige el amparo de estos derechos.

A juicio de los valedores de las intervenciones estructurales, los tribunales no solo tienen competencia para adoptar determinaciones en este ámbito, sino que estarían obligados a remediar el comportamiento omisivo de las autoridades. De no hacerlo estarían consintiendo la violación de la aludida cláusula del Estado Social y, por esta vía, estarían promoviendo la erosión de la supremacía constitucional y el carácter normativo del texto superior<sup>256</sup>.

### ***(3.5.) Reflexiones en torno al problema de la legitimidad democrática de las sentencias estructurales***

Una vez han sido expuestas las dos posturas antagónicas que rivalizan en torno a la legitimidad de los fallos estructurales, se presenta a continuación la tercera alternativa que pretende conciliar las tensiones que surgen entre estos planteamientos adversos.

Uno de los más serios reproches que han sido formulados en contra del amparo estructural es aquel que acusa a estos fallos de desconocer la escasa legitimidad democrática que tendrían los tribunales para injerir en estos asuntos. Esta objeción se enmarca dentro de una acusación mucho más amplia que ha sometido a debate la *autoridad* que ellos tendrían para someter a revisión judicial las decisiones adoptadas por los órganos políticos en las democracias constitucionales. Se trata del problema que ALEXANDER BICKEL ha denominado, con indudable acierto, la *dificultad contramayoritaria*<sup>257</sup>.

---

<sup>256</sup> Según esta opinión, los tribunales tendrían la obligación de llevar a cabo una decidida defensa de los valores sociales depositados en las Constituciones. Para emplear la terminología propuesta por THOMAS MARSHALL, se encontrarían llamados a reivindicar con igual intensidad todos los elementos de la ciudadanía. Con la misma determinación con la que históricamente han defendido sus dimensiones política y civil, habrían de proteger ahora la *ciudadanía social*, en la cual se hallan comprendidos aquellos derechos que buscan asegurar el goce de unas garantías básicas que permitan el ejercicio material de la libertad. MARSHALL, THOMAS, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.

<sup>257</sup> BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da. Ed., New Haven, Yale University Press, 1986. La discusión doctrinal en torno a este tema se ha

El reparo que se plantea a las sentencias judiciales que invalidan o alteran — usualmente por razones de inconstitucionalidad— las determinaciones de las autoridades representativas es tan sencillo como contundente: si el sistema democrático se funda en los derechos a la participación ciudadana y a la igualdad en la discusión de los asuntos que conciernen a todos los ciudadanos, ¿por qué debe prevalecer el juicio de los tribunales sobre el criterio de los actores políticos que, a diferencia de aquellos, son elegidos popularmente?<sup>258</sup>.

No es este el espacio apropiado para abordar a profundidad un asunto que, desde los remotos orígenes de la *judicial review* en el célebre fallo *Marbury v. Madison*, ha ocupado a juristas y filósofos que han intentado —infructuosamente, dicho sea de paso— poner punto final a esta trascendental discusión. No obstante, dado que el problema que plantea esta objeción adquiere una importancia incuestionable en el caso específico de la creación judicial de las políticas públicas, resulta forzoso dedicar algunas reflexiones a las implicaciones que tiene este debate sobre el tema de esta investigación. Para muchos, especialmente para sus detractores, las sentencias estructurales son una clara muestra del ascendente intervencionismo judicial que se habría puesto en boga a partir de la segunda mitad del siglo XX. Por tal razón y por cuanto estas decisiones recaen sobre una actividad que es esencialmente política —pues la acción pública del Estado no es más que la distribución de recursos limitados para la

---

plasmado en una nutrida bibliografía, de la que vale la pena destacar los siguientes trabajos: FRIEDMAN, BARRY, «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», en *New York University Law Review*, n.º 73, 1998, pp. 333-433; ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001; DWORDIN, RONALD, «Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court», en *Alberta Law Review*, vol. 27, n.º 2, 1990, pp. 324-346.; WALDRON, JEREMY, Op. Cit.; NINO, SANTIAGO, Op. Cit.; GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985; FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; LINARES, SEBASTIÁN, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008; BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL Y GARCÍA JARMILLO, LEONARDO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 409-476.

<sup>258</sup> BAYÓN ha resumido el alcance de la dificultad contramayoritaria en los siguientes términos: «En definitiva, sea cual sea la extensión que decidamos dar al término “democracia”, plantear la objeción democrática es reclamar una respuesta a la pregunta de qué es (y por qué) lo que puede sustraerse legítimamente a la decisión de la mayoría» BAYÓN MOHINO, Op. Cit., p. 423. FERRERES, por otra parte, ha planteado el problema en cuestión de este modo: «Si el sistema político se ha ido reformando a lo largo del tiempo para hacerlo más sensible a la voluntad popular ¿cómo es posible permitir que los tribunales descalifiquen las leyes parlamentarias con el argumento de que, en su opinión, violan lo dispuesto en el texto constitucional? ¿No es esto regresivo, más que progresivo, desde un punto de vista democrático?» FERRERES COMELLA, Op. Cit., p. 480.

atención de necesidades sociales— el amparo estructural ofrece una oportunidad excepcional para discurrir sobre los límites de la justicia constitucional.

Para empezar, es preciso advertir que el problema en cuestión no se resuelve con la invocación hecha por HAMILTON a la supremacía de la voluntad del pueblo sobre la de sus representantes<sup>259</sup>. De acuerdo con este clásico argumento, la legitimidad del control de constitucionalidad de la ley se funda en la prevalencia que tiene la Constitución sobre cualquier otra norma debido a la ascendencia que le transmite el hecho de haber sido aprobada por el constituyente originario. Con arreglo a este planteamiento, los poderes constituidos, entre los que se incluye, naturalmente, el Legislador, deben respetar los preceptos contenidos en ella pues, de no hacerlo, estarían desconociendo los designios del pueblo soberano.

Para que esta argumentación pudiera ser empleada de manera convincente en el tema que nos atañe, sería necesario que los textos constitucionales dispusieran con total claridad el deber de diseñar e implementar políticas públicas para asegurar la eficacia de los derechos<sup>260</sup>. Únicamente en este extraordinario supuesto la expedición de las sentencias estructurales no representaría un dilema desde la perspectiva del principio democrático, pues no cabría duda sobre la autenticidad de la obligación reclamada por los tribunales. En cualquier caso, las Constituciones no suelen contener disposiciones de esta naturaleza y aun las inusuales excepciones a esta regla, como ocurre en el caso de la Constitución sudafricana, tampoco zanján de manera definitiva la discusión planteada<sup>261</sup>. Estos fallos se basan, por lo general, en interpretaciones sistemáticas y finalistas de los textos constitucionales que postulan la existencia de obligaciones que —al menos desde una interpretación literal— resultan inciertas, cuando no altamente cuestionables.

---

<sup>259</sup> HAMILTON, ALEXANDER, «El Departamento Judicial, N.º 78», en HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES Y JAY, JOHN, *El Federalista*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994.

<sup>260</sup> En la entrega número 78 de *El Federalista*, el propio HAMILTON destacó la importancia de contar con normas jurídicas claras para la realización del control de constitucionalidad de la ley: «Para evitar una discrecionalidad arbitraria de parte de los tribunales es indispensable que estén sometidos a reglas y precedentes estrictos que sirvan para definir y señalar sus obligaciones en todos los casos que se les presenten». HAMILTON, Op. Cit.

<sup>261</sup> Esto es así por cuanto estas disposiciones dejan sin establecer —como no podría ser de otra forma al tratarse de normas constitucionales— cuestiones de gran relevancia como las relativas al contenido específico de estas políticas o la responsabilidad concreta que deben asumir las autoridades en su implementación. Todo ello ha de encontrar su lugar en el engranaje que el Legislador establezca en la ley que desarrolle estos preceptos, lo que abre de nuevo la puerta al debate sobre la legitimidad de las sentencias que controlen estas determinaciones.

Con fundamento en el principio democrático, sería razonable concluir que allí donde los textos constitucionales no incluyen estas estipulaciones, esto es, en la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos, la ejecución de estas labores es un asunto que se encuentra sometido a las reglas de la deliberación pública. Al hilo de este planteamiento, el contenido y la orientación de estas políticas —y aun la eventual determinación de abstenerse de poner en marcha la acción pública del Estado— estarían sustraídas del ámbito de control de los tribunales. Si se da por hecho que la regulación de las políticas públicas del Estado supone un problema de interpretación constitucional, de conformidad con este argumento, los órganos representativos serían los únicos competentes para esclarecer, en razón de la legitimidad que les otorga su elección popular, el alcance de las cláusulas constitucionales en cuestión.

Permitir la intervención de los tribunales en este campo supondría abrir las puertas para que, en palabras de MANUEL ARAGÓN, fuesen «sustituidos los criterios políticos del Legislador por el criterio “valorativo” del juez»<sup>262</sup>. Los tribunales estarían autorizados, de tal manera, para deducir de las Constituciones principios de racionalidad política que carecen de fundamento normativo y que, por tal razón, deberían estar sometidos al debate democrático. En suma, el riesgo que conllevan estas intervenciones consiste en que, en nombre de la efectividad de los derechos de los ciudadanos, producirían una asfixia del sistema deliberativo. Dicha paradoja, para emplear los términos de MONAGHAN, nos obliga a reflexionar sobre el fin último que persiguen las Constituciones: «Quizás —en opinión del autor— la Constitución garantiza solo una democracia representativa y no un gobierno perfecto»<sup>263</sup>.

Ya expuesto en términos generales el alcance de la objeción contramayoritaria, se procede a fijar la postura de este escrito sobre la cuestionada legitimidad democrática de las sentencias estructurales.

---

<sup>262</sup> ARAGÓN REYES, MANUEL, «La justicia constitucional en el siglo XX: balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI», en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México D.F., UNAM, 1998, pp. 163-203, p. 189.

<sup>263</sup> MONAGHAN, HENRY, «Our Perfect Consitution», en *New York University Law Review*, vol. 56, 1986, pp. 353-396, p. 396. Otras críticas similares han sido planteadas en Norteamérica por BORK, ROBERT, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990; SCALIA, ANTONIN, «Originalism: The Lesser Evil», en *Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pp. 849-866.

### ***(3.6.) Criterios para la valoración de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales***

Por las razones que acaban de ser expuestas, la dificultad contramayoritaria es una objeción consistente que debe ser tomada en cuenta por los tribunales que deciden emprender actuaciones de hondo calado como las que se describen en esta investigación. No ha de ser interpretada entonces como un dilema aparente o meramente teórico que puede ser descartado con base en el provecho que reporta la protección judicial de los derechos. Es, a todas luces, un problema real que obliga a discernir los límites que deben ser respetados por los tribunales para que sus actuaciones sean coherentes con los principios democráticos que se encuentran consignados en los textos constitucionales. Aun cuando se adopte una perspectiva utilitarista, como la que asumen los valedores del amparo estructural al justificar el sacrificio de la deliberación pública con base en el resultado que se obtendría gracias a ello, es necesario tener en cuenta el problema en cuestión. No hacerlo podría desencadenar procesos de reforma constitucional encaminados a restringir, o a prohibir de plano, la participación de los tribunales en estos asuntos. De tal manera, incluso por motivos de mero pragmatismo, es menester tomar en serio los reparos que suscita la objeción contramayoritaria.

Pese a que en los capítulos precedentes se ha hecho un análisis global del amparo estructural de los derechos —aproximación que podría llevar a pensar que este dilema puede ser resuelto empleando el mismo argumento en todos los ordenamientos—, no existe una respuesta general que resulte igualmente válida para cada uno de los casos que han sido referidos. Las diferencias concretas que se presentan entre las Constituciones y, muy especialmente, los distintos grados de injerencia de los tribunales impiden valorar en abstracto, y con resultados idénticos, la legitimidad democrática de estas intervenciones.

Con fundamento en lo anterior, en lugar de una réplica integral a la objeción contramayoritaria —tarea que se aparta por completo del objeto de esta investigación y que sería incongruente con la postura que aquí se adopta— se propone un breve listado de criterios que permiten evaluar el nivel de legitimidad de las intervenciones estructurales. Tales pautas examinan la naturaleza de la controversia —esto es, si debido a las peculiaridades del ordenamiento se trata de un asunto más jurídico que político, o viceversa— y la deferencia que muestren los tribunales frente a los órganos representativos. Cuanto más alto sea el nivel de satisfacción de estos requerimientos,

mayor será el grado de legitimidad de la actuación judicial: (i) es preciso que exista un fundamento normativo explícito que asigne a las autoridades representativas la obligación —constitucional o legal— de adoptar medidas de carácter general para garantizar los derechos de los ciudadanos. (ii) La cantidad de demandas interpuestas —o, de manera subsidiaria, la información recabada por el tribunal durante el proceso— debe demostrar que efectivamente se está en presencia de una violación generalizada y sistemática de los derechos de los ciudadanos. (iii) La autoridad que expide el fallo estructural ha de ser un cuerpo colegiado, esto es, un tribunal y no un juzgado unipersonal, que cuente con un margen de tiempo razonablemente amplio para resolver la controversia, y que, por otra parte, se ubique en una posición descollante dentro de la estructura de la Jurisdicción Constitucional. (iv) El enfoque de la intervención debe promover el mínimo grado de injerencia de los tribunales en el desarrollo de las competencias de los órganos representativos, entonces, el modelo ideal para conseguir una alta legitimidad democrática se encuentra en las sentencias dialógicas.

(i) El primer criterio permite establecer si el diseño e implementación de las políticas públicas constituye un problema jurídico en el ordenamiento correspondiente o si, por el contrario, debe ser considerado un asunto esencialmente político. En la medida en que existan normas jurídicas que estipulen la obligación referida —y cuanto mayor sea la especificidad de su concreción normativa— el grado de discrecionalidad del que disponen las autoridades para orientar la acción pública del Estado estará sometida a mayores restricciones. Tal como ha sido advertido por DÍEZ-PICAZO<sup>264</sup> y ARAGÓN<sup>265</sup>, pese a la indiscutible prevalencia de la Constitución, la ley conserva una función primordial en los ordenamientos jurídicos que consiste, precisamente, en el desarrollo de las reglas y los principios consignados en los textos superiores. En consecuencia, cuando el Legislador haya discernido los objetivos y las estrategias que han de ser empleadas para la ejecución de las políticas públicas, las autoridades administrativas deberán ajustar su proceder a tales directrices. El incumplimiento de esta obligación conduce —o debe conducir— a la expedición de sentencias judiciales que garanticen el estricto acatamiento de las normas que han sido desconocidas; mucho más si su inobservancia ha desencadenado, o ha evitado que se prevenga, la violación

---

<sup>264</sup> DÍEZ-PICAZO, LUÍS, «Constitución, ley, juez», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15, 1985, pp. 9-23.

<sup>265</sup> ARAGÓN REYES, Op. Cit.

generalizada y sistemática de los derechos de los ciudadanos. A nuestro juicio, la intervención de los tribunales en estos casos no suscita mayores reparos desde la perspectiva del principio democrático, pues se limita a exigir el cumplimiento de las obligaciones creadas por las autoridades competentes<sup>266</sup>.

Cosa distinta ocurre cuando las demandas judiciales persiguen no la ejecución de los compromisos suscritos por el Legislador, sino la aprobación de leyes que pongan en marcha la acción pública del Estado. La dificultad contramayoritaria se despliega entonces plenamente puesto que, de conformidad con el mencionado principio democrático, las asambleas legislativas adoptan estas determinaciones con base en procesos de deliberación racional fundados en la prevalencia del interés general. De ahí que la renuencia a regular estos asuntos no sea necesariamente producto de la negligencia de los legisladores, como tienden a pensar los defensores del amparo estructural, sino acaso una decisión política deliberada. La necesidad de contar en estos casos con cláusulas constitucionales razonablemente explícitas sobre la existencia de dicho deber se convierte entonces en una exigencia ineludible.

En la medida en que los tribunales cuenten con un mayor respaldo constitucional para adoptar estas decisiones —valoración que, en cualquier caso, difícilmente suscitará el acuerdo unánime de los integrantes de la cultura jurídica— menor resistencia provocará la expedición de los fallos estructurales. La Constitución sudafricana, por ejemplo, contiene disposiciones que *ordenan* la adopción de «medidas legislativas y de otra naturaleza», para asegurar la realización progresiva de los derechos sociales<sup>267</sup>. De acuerdo con estas normas constitucionales, la discrecionalidad del Legislativo parece quedar circunscrita a la elección de las estrategias que habrán de ser empleadas para la

---

<sup>266</sup> Las sentencias T-025 de 2004 y *Grootboom v. The Republic of South Africa* fueron aprobadas con base en el razonamiento que acaba de ser descrito. En ambos casos, las Cortes Constitucionales exigieron la realización efectiva de las políticas públicas que habían sido creadas por los Legisladores para dar cumplimiento a las normas constitucionales que ordenaban la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

<sup>267</sup> La sección 26 dispone: «Todas las personas tienen derecho a una vivienda adecuada. 2. *El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza, dentro de los recursos disponibles, para conseguir la realización de este derecho (...)*». En el mismo sentido, la sección 27 establece que «Todas las personas tienen derecho a tener acceso a: 1. Servicios de salud médica, incluida la salud reproductiva; 2. Agua y alimentación suficiente; 3. Seguridad social, incluida la asistencia social adecuada, cuando las personas sean incapaces de mantenerse a sí mismas y a sus dependientes. 2. *El Estado debe adoptar medidas legislativas y de otra naturaleza, dentro de los recursos disponibles, para conseguir la realización de cada uno de estos derechos*» (énfasis fuera de texto).



consecución de estos propósitos, lo que descartaría de plano la posibilidad de abstenerse de poner en funcionamiento la acción pública del Estado<sup>268</sup>.

Ahora bien, una vez el Legislativo haya cumplido el encargo de desarrollar los preceptos superiores que ordenan la adopción de estas medidas, es preciso establecer el alcance del control constitucional que ha de ser ejercido sobre las leyes que contienen estas políticas. A nuestro juicio, con fundamento en los argumentos que se articulan en la objeción contramayoritaria, los Tribunales Constitucionales se encuentran llamados a cumplir una labor relativamente moderada. Sin desatender la obligación de garantizar el cumplimiento de tales disposiciones, han de examinar la constitucionalidad de estos programas teniendo en cuenta la prioridad que *prima facie* tienen las determinaciones del Legislador sobre estos asuntos. El *test de razonabilidad* es un instrumento que, en nuestro criterio, concilia eficazmente los intereses que entran en pugna en estas controversias<sup>269</sup>. Se trata de un control judicial de intensidad leve que evalúa el cumplimiento de dos sencillos criterios: en primer lugar, examina si el fin perseguido mediante la implementación de la acción pública del Estado es admisible a la luz de la Constitución; y, en segundo término, analiza si el medio elegido es potencialmente útil para su consecución.

La práctica de un juicio como este reconoce que la titularidad de la competencia en cuestión ha sido atribuida a los órganos representativos. De ahí que no plantee la realización de un control constitucional ordinario, sino que afirme la prevalencia que, en principio, tienen las determinaciones que aquellos hayan adoptado. De igual manera, este parámetro de enjuiciamiento parte del supuesto de la inexistencia de una única receta para cumplir con los mandatos depositados en la Constitución. Reconoce, de tal

---

<sup>268</sup> En la sentencia *TAC* la Corte Constitucional sudafricana se pronunció sobre la exigibilidad judicial de estas cláusulas constitucionales y su incidencia en el principio de la separación de poderes: «La primera obligación de los tribunales se da frente a la Constitución y la ley, «los cuales deben ser aplicados de manera imparcial y sin temor, favor o prejuicio» [sección 165.2. de la Constitución]. Cuando las políticas del Estado sean demandadas por ser incompatibles con la Constitución, los tribunales tienen que considerar si en su formulación e implementación el Estado ha honrado sus obligaciones constitucionales. Si deben declarar en un caso concreto que el Estado ha incumplido este deber, se encuentran obligados por la Constitución a hacer esta declaración. *Si este hecho constituye una intrusión en el dominio del Ejecutivo, es una intrusión ordenada por la propia Constitución*» (énfasis fuera de texto). *Grootboom*, cit., par. 99.

<sup>269</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad», en CEPEDA ESPINOSA, JOSÉ, JARAMILLO SIERRA, ISABEL Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Observatorio de Justicia Constitucional: La Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 257-290.

forma, que hay varias alternativas que conducen a su materialización, lo que hace del texto constitucional una carta abierta a las diferentes opciones políticas<sup>270</sup>.

(ii) A diferencia del análisis normativo que se propone en este primer criterio, el segundo parámetro que permite evaluar la legitimidad de las intervenciones estructurales exige la realización de una valoración de carácter fáctico: es menester que el volumen de demandas interpuestas acredite que, en efecto, se presenta una violación generalizada y sistemática de los derechos de los ciudadanos. Teniendo en cuenta que los ordenamientos jurídicos y la práctica judicial establecen barreras de acceso a la justicia, dicha condición resulta igualmente satisfecha cuando, de manera alternativa, los tribunales recaban información que conduce a este mismo resultado.

La comprobación judicial de una realidad semejante mengua, al menos en parte, la contundencia de la objeción contramayoritaria. A fin de cuentas, el principal reparo que esta plantea en contra de los tribunales apunta al deterioro de los sistemas políticos debido a la introducción de controles aristocráticos que afectarían el adecuado funcionamiento de las instituciones y que serían incompatibles con el principio democrático. El surgimiento de las situaciones aludidas pone en evidencia la necesidad de replantear los términos de esta discusión cuando el diseño institucional de los Estados no logra conjurar esta clase de fenómenos. Su acaecimiento convertiría el argumento en contra de las intervenciones judiciales en una defensa meramente teórica de la democracia, hecho que ciertamente favorecería la postura de los tribunales. Si bien este tipo de razonamientos no concluyen de manera definitiva este debate, no cabe duda de que aligeran la alegada gravedad de este tipo de injerencias. Pues los tribunales no estarían entorpeciendo la marcha de un engranaje institucional eficaz, sino que estarían procurando la realización efectiva de los presupuestos de los que depende la existencia de un sistema de gobierno genuinamente democrático.

(iii) El tercer criterio que se plantea apunta a la restricción del número de autoridades judiciales que acometen estas intervenciones. En atención a que no en todos los ordenamientos el recurso de amparo es interpuesto directamente ante el Tribunal Constitucional —lo que hipotéticamente abriría las puertas para que los juzgados y

---

<sup>270</sup> UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración apropiado del debate sobre el derecho a la educación en Colombia», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 237-285.

tribunales que conocen estos procesos en sede de instancia puedan adoptar tales decisiones— es menester subrayar que únicamente aquel se encuentra en condiciones de hacer frente a la objeción contramayoritaria en el caso específico del amparo estructural. Su descollante posición en el andamiaje del Estado, la especificidad de la misión que desempeña, consistente en asegurar la integridad y la supremacía de la Constitución, y el hecho de que sus integrantes sean elegidos normalmente a través de procedimientos semidemocráticos otorgan al Tribunal una preeminencia de la que carecen las demás autoridades judiciales. En su caso, los reparos fundados en la alegada vulneración del principio democrático constituyen serias razones para que sus magistrados obren con moderación y para que sus actuaciones persigan el restablecimiento del normal funcionamiento de las instituciones políticas. Dichos reparos no logran justificar, en cualquier caso, un deber incondicional de abstención frente a las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, tales reproches se convierten en argumentos demolidores cuando las intervenciones estructurales provienen de jueces y tribunales que no cuentan con estos excepcionales atributos. La patente ausencia de legitimidad democrática de estas autoridades recomienda, en este orden de ideas, que los fallos estructurales sean reservados al órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional —bien sea la Corte Suprema de Justicia o el Tribunal Constitucional— y que los jueces de instancia se limiten a garantizar la protección efectiva de los derechos individuales cuya tutela es solicitada en el caso concreto. Una postura distinta conduce al indeseable resultado de permitir el escrutinio judicial de las políticas públicas por cualquier juez, lo que lesionaría muy seriamente la seguridad jurídica de los ordenamientos y haría inviable la puesta en marcha de la acción pública del Estado.

Hecha esta precisión, resulta oportuno destacar que los Tribunales Constitucionales suelen disponer de términos razonablemente amplios para la solución de estas controversias. En atención a que se encuentran aislados del proceso político —según ha sido destacado por FERRERES<sup>271</sup>—, cuentan con una mayor independencia para ponderar los principios constitucionales que entran en colisión en estos procesos<sup>272</sup>. De

---

<sup>271</sup> FERRERES COMELLA, VÍCTOR, «El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática», en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL Y GARCÍA JARMILLO, LEONARDO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 477-504.

<sup>272</sup> En el fallo *Rhodes v. Chapman*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se pronunció sobre este asunto: «Debido a su aislamiento frente a las presiones políticas, y habiendo recibido el encargo de asegurar la implementación de la Constitución, los tribunales se encuentran en una posición

igual manera, se hallan en condiciones de abordar asuntos altamente técnicos al contar con la colaboración de peritos que les proporcionan la información especializada que requieren. Para terminar, por ser órganos colegiados, sus decisiones se encuentran precedidas de unos mínimos de deliberación cuyos resultados se consignan en las sentencias. En la medida en que los magistrados son conscientes del riguroso examen al que son sometidas estas decisiones por la doctrina y por los demás integrantes de la cultura jurídica, es previsible que no escatimen esfuerzos para fundamentar de la mejor manera posible estas determinaciones. En conclusión, todos estos factores recomiendan vivamente que los fallos estructurales sean aprobados en exclusiva por el tribunal que se encarga de la salvaguarda definitiva del texto constitucional.

(iv) Por último, el cuarto criterio planteado guarda relación con la postura que asumen los tribunales frente a las autoridades representativas. Cuanta mayor deferencia muestren aquellos frente al ejercicio de las competencias que han sido encomendadas a otros poderes públicos, menor oposición despertará su participación en el arreglo de estas controversias. En ese sentido, de no ser por el inminente riesgo de incumplimiento que se cierne sobre ellas, las sentencias declarativas serían el instrumento idóneo para solventar estas demandas. Sin embargo, ya se señalaron en el capítulo I las razones por las cuales este enfoque no es el más acertado, con el fin de resolver las graves situaciones que plantean estos procesos. De igual manera, se ha advertido que los fallos unidireccionales tampoco ofrecen una respuesta óptima dado que, justamente, fomentan un grado de injerencia de los tribunales que puede ser incompatible con el principio de la separación de los poderes públicos.

Por tanto, la alternativa que se encuentra en medio de estos dos modelos de actuación judicial resulta ser la más adecuada. En atención a que las sentencias dialógicas procuran restablecer los derechos infringidos coadyuvando a la recuperación de la capacidad institucional de las autoridades y exigiendo el cumplimiento de las obligaciones de estas, sin indicar el sentido específico de las actuaciones que deben ser realizadas, tales fallos logran conciliar los principios constitucionales que se enfrentan en estos procesos. Esto es así porque no persiguen la reparación de los derechos a cualquier costo —como parece ocurrir en el caso de las sentencias unidireccionales—,

---

más fuerte para insistir en la solución de las condiciones inconstitucionales, incluso cuando ello acarree un costo financiero significativo». Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 15 de junio de 1981, caso 452 U.S. 337 (1981), asunto *Rhodes v. Chapman*.

sino que también pretenden contribuir al restablecimiento de la normalidad institucional. Más aún, la aludida restauración del apropiado funcionamiento de las instituciones políticas es el mecanismo fundamental del que se valen los tribunales que adoptan el enfoque dialógico para la solución de estos litigios.

En las líneas que siguen se realiza una presentación de los fundamentos teóricos sobre los que se apoyan los criterios propuestos para la valoración de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales.

### ***(3.7.) ¿Es verdaderamente antidemocrática la introducción de controles judiciales sobre la acción pública del Estado?***

Una de las razones por las cuales la objeción contramayoritaria se ha convertido en una polémica irresoluble se encuentra en el carácter polisémico del concepto en torno al cual se plantea: ¿qué se debe entender en nuestro tiempo por democracia?<sup>273</sup>. Según el planteamiento hecho por GARGARELLA, alrededor de este interrogante se han propuesto dos posturas antagónicas. Por un lado, *la visión populista del ejercicio democrático*, que tendría como preceptores a ROUSSEAU, JEFFERSON Y PAINE, quienes sostuvieron que la voluntad popular expresada por sus representantes tendría prioridad sobre cualquier otro tipo de determinaciones. A esta perspectiva se opone una concepción *pluralista o madisoniana* de la democracia, según la cual la voluntad del pueblo se manifiesta en la Constitución, mientras que en la ley se expresarían intereses particulares que, por tal razón, deben ser sometidos a escrutinio judicial<sup>274</sup>.

El principal defecto del que adolecería la visión populista consiste en que confunde el ideal del gobierno democrático con la regla de las mayorías. Y es que, pese a su indudable importancia, es preciso tener en cuenta que el principio mayoritario no es un fin en sí mismo, sino un instrumento que pretende llevar a la práctica la noble aspiración del gobierno popular. En ese sentido, no es —y no puede llegar a ser— una

---

<sup>273</sup> Por todos, SARTORI, GIOVANNI, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2007.

<sup>274</sup> GARGARELLA, ROBERTO, «¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?», en ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO (Coord.), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007. De acuerdo con la presentación hecha por GARGARELLA, estas dos concepciones se oponen a la intervención de los tribunales en asuntos económicos, tales como los derechos sociales o el amparo estructural. La democracia deliberativa sería, en opinión del autor, la única comprensión de la democracia que permitiría justificar adecuadamente la participación de las autoridades judiciales en estos ámbitos.

herramienta de dominación al servicio de las mayorías, o un poder en blanco que permita cercenar los derechos fundamentales que deben ser garantizados para que un sistema político pueda ser considerado como auténticamente democrático<sup>275</sup>.

De acuerdo con esta formulación, la riqueza de la democracia no estriba en el hecho de ofrecer una fórmula aritmética que permita decidir el modo en que deben ser sopesadas las orientaciones ideológicas de una sociedad. El valor de la democracia consiste, por el contrario, en que, al menos desde una perspectiva teórica, permite la adopción de determinaciones colectivas con base en la deliberación pública y racional de quienes representan los intereses de la sociedad, entre los que se encuentran los intereses de los grupos específicos que resultan afectados por la implementación de las medidas generales.

En estos términos, las decisiones adoptadas por los órganos representativos deben ser el fruto de un debate abierto y razonable en el que se tengan en cuenta las distintas posturas ideológicas de los ciudadanos. Dicho intercambio incrementaría las posibilidades de llegar a acuerdos más justos y a remedios eficaces para la solución de los retos que se plantean a las sociedades.

Según lo anterior, no cualquier decisión acogida por las autoridades representativas, aun cuando en ella se consigne efectivamente la voluntad de una parte significativa de los ciudadanos, puede ser considerada democrática. Dicha calificación dependería de la corrección del procedimiento por el que han sido aprobadas y del cumplimiento de determinados límites de orden material. El contenido de estas decisiones debe respetar los derechos de las minorías que no apoyaron la determinación, y los de quienes, por falta de representación, no tuvieron la oportunidad de manifestar su desacuerdo frente a estas iniciativas.

Lo anterior conduce al principal yerro en el que incurren quienes niegan de plano la legitimidad democrática de cualquier intervención judicial. Al confundir la idea de la democracia con el régimen de las mayorías pierden de vista la urgencia de conservar los fundamentos sobre los que aquella se apoya<sup>276</sup>. Pues el carácter democrático de los

---

<sup>275</sup> El propio HANS Kelsen destacó la importancia de la sutil distinción entre el *principio de la mayoría* —herramienta que serviría para la realización de la democracia— y el *dominio de la mayoría*, que conduciría a una inaceptable adulteración del ideal del gobierno democrático. Kelsen, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006, p. 94.

<sup>276</sup> Este argumento ha sido desarrollado ampliamente por GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, Op. Cit.; DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987;

Estados depende de unas condiciones básicas que garantizan el pluralismo de las sociedades. Dichas condiciones, como no cabría esperar cosa distinta, son los derechos fundamentales que aseguran la existencia de las distintas opciones políticas de las que se nutre el intercambio democrático y que protegen los mínimos de subsistencia de los ciudadanos<sup>277</sup>.

La introducción de los sistemas de control de constitucionalidad en los ordenamientos pretende proveer instrumentos jurídicos que garanticen la salvaguarda de estos presupuestos procesales y materiales de la democracia. Su implementación ha sido confiada a los tribunales por cuanto ellos se encuentran en una posición privilegiada que les permite identificar y corregir adecuadamente los defectos del proceso deliberativo. Esto es así ya que están apartados de la dinámica de la política y únicamente se hallan sometidos al imperio del derecho. El ejercicio permanente de la judicatura, por otra parte, los pondría al tanto de las demandas sociales, lo que les permitiría conocer de primera mano la situación de las minorías que carecen de representación formal<sup>278</sup>. En este mismo sentido, de acuerdo con el planteamiento hecho por SAGER, los tribunales son las autoridades más adecuadas para asegurar el correcto funcionamiento de la *democracia deliberativa*<sup>279</sup>. Dicha modalidad de la democracia —que complementa a la faceta *electoral*, en virtud de la cual todos los ciudadanos tienen derecho a elegir en condiciones de igualdad a sus representantes políticos— hace énfasis en la necesidad de garantizar que los intereses y los derechos de cada persona sean tenidos en cuenta de manera rigurosa. Ante los estrados judiciales —sostiene el autor norteamericano— pierden su poder de persuasión importantes resortes de la actividad parlamentaria, tales como el número de votos que apoyan las determinaciones o el respaldo que estas obtienen de parte de los grupos económicos, de manera que tales demandas serían decididas únicamente con arreglo a su valor argumentativo. Así pues, los Parlamentos serían el entorno más apropiado para desarrollar la faceta electoral de la participación

---

TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, «Constitución», EN DÍAZ GARCÍA, ELÍAS Y RUIZ MIGUEL, ALFONSO (eds.), *Filosofía política II: Teoría del Estado. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, Madrid, Trotta, 1996.

<sup>277</sup> FABRE ha declarado que para que una organización política sea efectivamente democrática debe garantizar un contenido mínimo de los derechos sociales que permita el aseguramiento de unas condiciones básicas de existencia a los ciudadanos. FABRE, CÉCILE, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000, cap. 4.

<sup>278</sup> GARGARELLA, Op. cit.

<sup>279</sup> SAGER, LAWRENCE, *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

democrática, mientras que los tribunales serían el mejor escenario para dar cumplimiento al aspecto deliberativo.

### **(3.8.) *La representación material de los intereses de los ciudadanos***

Para avanzar en esta discusión es preciso hacer referencia al argumento que ha defendido la particular *auctoritas* que ofrecería a los tribunales el hecho de velar por la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos. Este razonamiento se basa en la distinción propuesta por FERRAJOLI, según la cual sería posible diferenciar la *legitimidad formal* —que deriva exclusivamente del apoyo electoral que obtienen las instituciones representativas— de la *legitimidad sustancial* que otorga la representación *material* de los intereses de la comunidad política<sup>280</sup>. Al hilo de esta formulación, los tribunales que llevan a cabo una decidida defensa del genuino interés general y de los derechos de los ciudadanos —particularmente de los de aquellos que no cuentan con el favor de las mayorías que se imponen en las decisiones colectivas— cuentan con esta segunda forma de legitimidad. Ella no proviene del procedimiento de elección de sus magistrados pues estos no acceden a sus cargos mediante votación popular, sino de su desempeño frente a los valores esenciales del ideal del gobierno democrático. Según esto, el valor de su participación consiste en que introducen pretensiones políticas valederas en sistemas que, por distintas razones, no se muestran dispuestos a satisfacerlas<sup>281</sup>.

Una de las causas que ha promovido el surgimiento de este modelo de legitimidad se encuentra en la progresiva *rutinización* —para emplear el término propuesto por LUHMANN— de los procedimientos democráticos<sup>282</sup>. En opinión de este autor, la continua repetición de dichas prácticas en sociedades complejas trae como consecuencia una pérdida de su significado y el ocultamiento de los propósitos que con ellas se persiguen. Así pues, en sociedades indiferentes al ejercicio de la política y altamente fragmentadas, es probable que los eventos de participación democrática acaben por

---

<sup>280</sup> FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001, p. 855 y ss.

<sup>281</sup> Sobre el alcance de la función representativa que se encuentran llamadas a cumplir las instituciones políticas, ver GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Las funciones de los modernos parlamentos bicamerales*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República de Venezuela, 1971.

<sup>282</sup> LUHMANN, NIKLAS, *La sociedad de la sociedad*, Barcelona, Herder, 2009, p. 347 y ss.



convertirse en ejercicios rutinarios incapaces de comunicar algún tipo de legitimidad a las instituciones.

En casos como este la implicación de los ciudadanos en los procesos de elección de las autoridades no sería consecuencia de la intención cívica de tomar parte en la designación de dichas autoridades. Por el contrario, esta intervención estaría animada por un sentimiento de *lealtad apática y mecánica* que sería provocada, en criterio del autor, gracias a la coacción del Estado. Ante el pretendido ocaso de la legitimidad formal de las instituciones, adquirirían especial relevancia otras fuentes capaces de suscitar dicho sentimiento de adhesión a las autoridades. La referida legitimidad material sería una de ellas en la medida en que no nace de la celebración de los comicios electorales, sino de la manera como los ciudadanos perciben que sus intereses son representados en la política real<sup>283</sup>.

Por ende, la legitimidad sustancial estaría emparentada con dos fenómenos a los que se enfrentan de manera habitual los sistemas democráticos. En primer lugar, guardaría relación con el *desencanto de la política* que, con mayor o menor intensidad, se experimenta en buena parte de las democracias como consecuencia del defectuoso funcionamiento de los órganos representativos. Este clima generalizado de frustración ante la política convencional contrasta con el entusiasmo que provoca el activismo judicial entre quienes consiguen por esta vía la protección de sus derechos<sup>284</sup>.

El segundo fenómeno al que se hace referencia es la dificultad que suelen encontrar las minorías para que sus intereses sean protegidos dentro del ámbito de la política. La aparición de instituciones que asumen la labor de reivindicar sus derechos es para ellos un hecho positivo que les devuelve, en parte, el sentimiento de adhesión hacia el Estado. Lo anterior ha ocurrido en el caso de aquellos grupos que, gracias a la intervención de los tribunales, han obtenido conquistas que no habían sido alcanzadas en los *foros democráticos*. Tal es el caso de buena parte de los derechos de igualdad que

---

<sup>283</sup> BALÁZS, BRUNCZEL, *Disillusioning Modernity: Niklas Luhmann's Social and Political Theory*, Frankfurt del Meno, Peter Lang GmbH, 2010, pp. 150-160.

<sup>284</sup> En los ordenamientos en los que se presentan este tipo de fenómenos, no resulta sorprendente que los ciudadanos reorienten sus reclamaciones políticas de forma que estas acaben por ser planteadas ante las autoridades judiciales. A lo anterior es preciso añadir que, según ha sido indicado por FEREJOHN, «las instituciones de una cultura de derecho liberal» favorecen la traducción de reivindicaciones de naturaleza política en requerimientos de carácter jurídico. Dicho en otros términos, de acuerdo con esta visión, los mismos sistemas jurídicos facilitarían las condiciones para que la movilización social realizada ante las autoridades políticas migre hacia los estrados judiciales. FEREJOHN, Op. Cit., p. 43-44.

han sido cosechados por parte de los afrodescendientes, las parejas del mismo sexo y las minorías étnicas y culturales, entre otros grupos que han acudido ante los estrados judiciales en procura de transformaciones sociales.

En conclusión, de acuerdo con este razonamiento, la participación de los tribunales en ámbitos que han sido reservados tradicionalmente a los órganos representativos no necesariamente implica un deterioro del sistema democrático. En la medida en que garantice la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos, su intervención mejora la calidad de la democracia y proporciona insumos que incrementan el sentimiento de adhesión popular frente al sistema político. Este resultado aminora la contundencia de los reparos que se fundan en el escaso *pedigrí democrático* que tendrían para llevar a cabo las intervenciones estructurales. Si bien esta clase de actuaciones deberían ser adelantadas por las instituciones políticas —principio que no admite ningún tipo de cuestionamientos— el impulso que ellas reciben de los tribunales para que adelanten estas tareas subsanaría dicha injerencia, siempre que estos últimos se abstengan de imponer las medidas concretas que deben ser llevadas a cabo.

Según han recalcado BAYÓN y FERRERES, uno de los problemas esenciales que plantea la objeción contramayoritaria consiste en que ella destaca la necesidad de obtener algún tipo de *ventaja instrumental* que compense el presunto sacrificio del principio mayoritario. De no contar con ella, las asambleas legislativas deberían ocuparse de manera exclusiva de esta competencia, tal como parecen exigirlos los derechos fundamentales a la participación política y a la igualdad que presiden los sistemas democráticos. Pues bien, la protección efectiva de los derechos reconocidos en los textos constitucionales y, muy especialmente, el aludido reforzamiento del sentido de aprobación y pertenencia de los ciudadanos frente a las instituciones serían los *réditos* que producen los fallos estructurales.

En este punto consideramos es oportuno referirse al planteamiento hecho por FERRAJOLI en torno a la protección judicial de los derechos en las democracias constitucionales<sup>285</sup>. A nuestro juicio, en la obra del jurista italiano se encuentra una sólida fundamentación del carácter jurídico de las actuaciones judiciales que, como

---

<sup>285</sup> FERRAJOLI, LUIGI, «La esfera de lo indecible y la división de poderes», en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 1, 2008, pp. 337-343; FERRAJOLI, LUIGI, Teoría del derecho, en *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, Madrid, Trotta, 2011.

ocurre en el caso de las decisiones analizadas en esta investigación, ordenan la adopción de medidas generales de carácter positivo a las autoridades representativas.

### ***(3.9.) La órbita de «lo indecidible» en el ámbito de las políticas públicas***

FERRAJOLI acuñó el término de la *órbita de lo no decidible* con el objetivo de identificar aquellas determinaciones cuya adopción se encuentra prohibida en los ordenamientos jurídicos<sup>286</sup>. Se trata de decisiones que, por el hecho de entrar en pugna con los derechos reconocidos en los textos constitucionales, no resultan admisibles, de modo que deben ser corregidas por las instituciones. Dicha *órbita* estaría conformada por un conjunto de principios que, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, se encuentran sustraídos de la voluntad de las mayorías. Lo anterior coincide con la concepción tradicional que ha imperado en el constitucionalismo, según la cual los derechos son espacios de autodeterminación dentro de los cuales se encuentran proscritas las injerencias no consentidas por sus titulares. En ese sentido, los derechos fungirían como fronteras normativas que establecen los límites hasta los que puede extenderse de manera legítima el poder de disposición del derecho.

Según el modelo planteado por el autor, los derechos no solo establecerían límites de carácter negativo al poder de decisión del Estado. Además de fijar prohibiciones y restricciones, los derechos configurarían determinados ámbitos en los que de manera forzosa aquel se encuentra llamado a intervenir con el fin de asegurar su cumplimiento efectivo. De este modo, los derechos no solo determinarían aquello que *no puede ser decidido*, sino también lo que *no puede dejar de ser decidido*.

La conformación de la estructura legal e institucional de la que depende el goce de los derechos no es, de acuerdo con este planteamiento, una determinación que las autoridades pueden adoptar o no, según lo estimen conveniente. Si bien se encuentran autorizadas para edificar dicha estructura con arreglo a las preferencias ideológicas que prevalezcan en el debate democrático, están obligadas a crear este andamiaje pues, de otro modo, estarían infringiendo los *límites positivos* establecidos por la Constitución. Así pues, la eventual negligencia de las asambleas legislativas en el cumplimiento de este encargo, o bien la deliberada intención de abstenerse de llenar de contenido estos

---

<sup>286</sup> Bajo una lógica similar, GARZÓN VALDÉS ha declarado que los derechos fundamentales constituyen un *coto vedado* a la negociación política y a las injerencias del Estado. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 644 y ss.

derechos, darían lugar a la legítima intervención de los Tribunales Constitucionales. De no hacerlo, estos últimos estarían autorizando el desconocimiento de los pilares fundamentales de los textos constitucionales y, por esta misma vía, la erosión de los prerequisites que condicionan la existencia de los gobiernos democráticos.

Así, la obligación de implementar políticas públicas encaminadas a corregir las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos de los ciudadanos no estaría sometida a los términos de la negociación política. Únicamente lo estarían el contenido concreto de tales actuaciones y la orientación general a la que estas últimas quedarían sometidas. Debido a su excepcional importancia para el mantenimiento del estatus democrático de una sociedad —pues difícilmente podríamos extender esta calificación a una comunidad política que consiente este tipo de fenómenos—, el acatamiento del deber en cuestión haría parte de la órbita de *lo que no puede dejar de ser decidido*. Los Tribunales Constitucionales estarían autorizados, por este hecho, a exigir la adopción de las medidas necesarias para conjurar eficazmente estas graves situaciones. Sin embargo, por lo dicho con una insistencia que jamás estará de sobra, deberán proceder con cautela para no usurpar competencias que deben ser ejercidas con arreglo a la deliberación pública y racional. En una palabra, deben actuar teniendo en cuenta que en una organización política ideal su injerencia en estos asuntos estaría totalmente proscrita. Contribuir a la pronta realización de dicho ideal es la ardua labor que les impone la realidad que rebosa en las demandas cuya solución les ha confiado el ordenamiento.

Para concluir esta reflexión a propósito de la legitimidad de las sentencias estructurales, es oportuno exponer las razones por las cuales, una vez se han presentado los graves fenómenos que dan pie a estas intervenciones, no es prudente esperar que los cauces ordinarios de la política procedan a resolverlos sin recibir estímulos exteriores. Quienes censuran estas actuaciones con fundamento en la objeción contramayoritaria suelen pensar que la dinámica de la política tiende a resolver de manera espontánea esta clase de situaciones, por lo que los fallos estructurales no solo serían ilegítimos, sino también innecesarios. En lo que queda de este capítulo se hace el análisis de este argumento, que, de ser cierto, plantearía un serio obstáculo a la participación de los tribunales en estos asuntos.

### ***(3.10.) La solución de las controversias estructurales bajo los procedimientos de la política convencional***

Por las razones que se explican a continuación, la alternativa de aguardar a que el sistema político corrija naturalmente sus deficiencias y ponga en marcha las reformas estructurales que se requieren para resolver las violaciones generalizadas de los derechos no parece ser una solución conveniente. Un acercamiento superficial al ejercicio de la política pareciera sugerir que la reacción de los sistemas ante situaciones de este tipo no tardaría en aparecer. Su indiscutible gravedad y el hecho de que estas realidades afectan a nutridos grupos de ciudadanos harían pensar que el rápido despliegue de la acción pública del Estado sería la respuesta inminente de una estructura política que se mantiene atenta de la gestión de los intereses que no son debidamente representados.

Sin embargo, la realidad enseña que la respuesta del Estado frente a estas situaciones no es inmediata, ni mucho menos espontánea<sup>287</sup>. Si bien la aparición de estas circunstancias debería llamar poderosamente la atención de la comunidad y despertar el interés de actores preocupados por hallar un nicho de actuación política, lo cierto es que no siempre consiguen hacerse un lugar en la agenda del Estado. Pese a que reúnen una serie de condiciones objetivas de alto valor para quienes participan en la actividad política, bien puede ocurrir que estos asuntos acaben por ser excluidos del debate democrático.

Resultados como este no son una excepción en el ejercicio cotidiano de la política. Antes bien, su recurrencia demuestra hasta qué punto los incentivos determinan las

---

<sup>287</sup> Según lo ha demostrado el análisis de las políticas públicas, el Estado reserva el uso de estas herramientas para dar solución a las situaciones de conflicto social que son percibidas como *auténticos problemas políticos*. El punto de partida en el que arranca el *ciclo de las políticas públicas* es, precisamente, la identificación de una determinada realidad como un problema de esta naturaleza. Lo anterior ha llevado a HARGUINDÉGUY a declarar que, en rigor, «no hay problemas políticos *per se*, sino asuntos sociales (hechos neutrales) que son convertidos en problemas (que pueden entrar en la agenda política)».

Esto último pone de presente que no todas las situaciones que provocan la violación de los derechos de grupos sociales relativamente amplios —tal como ocurre en el caso del amparo estructural— conducen necesariamente a la puesta en marcha de la acción pública del Estado. Es menester que la realidad planteada atraviese por un *proceso de expansión* —para emplear la terminología utilizada por COBB Y ELDER— durante el cual se propaga la preocupación por este hecho entre los ciudadanos, hasta despertar el interés de la comunidad política. Solo entonces el problema en cuestión ofrece incentivos suficientemente llamativos para que los actores políticos se ocupen de implementar políticas públicas dirigidas a solucionar la problemática en cuestión. HARGUINDÉGUY, Op. Cit., pp. 39; COBB, ROGER Y ELDER, CHARLES, *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda Building*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972.

decisiones y los cursos de acción adoptados por los actores que participan en ella<sup>288</sup>. La aludida falta de incentivos es la causa más habitual por la que los actores políticos se desentienden de las graves situaciones abordadas en los fallos estructurales. Su desinterés trae como resultado la ausencia de la presión y de la gestión política requeridas para que el Estado se ocupe de estos problemas mediante la implementación de su acción pública.

A lo anterior es preciso añadir que, incluso cuando un determinado problema social ofrece incentivos suficientes a los actores políticos, no se puede dar por descontada la actuación del Estado. Según lo han señalado HILGARTNER Y BOSK, la introducción de nuevos asuntos en la agenda política de un país depende de la atención que logren captar en la comunidad y en los medios de comunicación<sup>289</sup>, y, especialmente, del interés que despierte la intención de ocuparse de ellos<sup>290</sup>. La «atención del público» es, de acuerdo con la expresión empleada por los autores, un *bien escaso* en torno al cual se genera una gran competencia. Por tanto, no basta con que un determinado asunto sea grave, como suele ocurrir en la mayoría de los casos que concluyen con la aprobación de las sentencias estructurales, para que ingrese en el orden de prioridades de las autoridades. Es indispensable que, además, el problema resulte atractivo para la comunidad y que, en segundo término, logre conservar dicha atención de manera sostenida en el tiempo.

Precisamente, uno de los mayores obstáculos que enfrentan los conflictos estructurales para conseguir su inclusión en la agenda política consiste en la dificultad que tienen para capturar la atención del público. De acuerdo con el planteamiento expuesto por DOWNS<sup>291</sup>, esto se debe a que, si bien suelen ser reconocidos por la sociedad como problemas reales que requieren una pronta solución, dicha valoración no alcanza la intensidad requerida para encender *las alarmas* de la comunidad o para

---

<sup>288</sup> Los incentivos pueden ser positivos —cuando impulsan a los actores políticos a incluir las demandas en la agenda política debido a los beneficios electorales que ello les reporta— o bien negativos —caso en el cual la inclusión de estos asuntos obedece a la intención de evitar protestas, críticas y desprestigio—. HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999, capítulo IV.

<sup>289</sup> PRZEWORSKI, ADAM, STOKES, SUSAN Y MANIN, BERNARD, *Democracy, accountability, and representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

<sup>290</sup> HILGARTNER, STEPHEN Y BOSK, CHARLES, «The Rise and Fall of Social Problems: A Public Arena Model», en *American Journal of Sociology*, vol. 94, n.º 1, 1988, pp. 53-78.

<sup>291</sup> DOWNS, ANTHONY, «Up and Down with Ecology: The Issue Attention Cycle», en *Public Interest*, vol. 32, 1972, pp. 38-50.

provocar en ella una sensación de *entusiasmo superlativo*<sup>292</sup>. Esto último es fundamental durante las primeras fases del ciclo de las políticas públicas, pues una vez el asunto ha llegado a la cresta de su reconocimiento inicia una irremisible caída del interés originalmente suscitado. Mientras dura la aludida fase de *entusiasmo*, el problema en cuestión se convierte en el centro de las discusiones políticas y en el tema predilecto de los medios de comunicación. Es, por tanto, un período decisivo para llamar la atención de las autoridades y para incidir en su comportamiento a fin de obtener una pronta solución.

No obstante, según acaba de ser indicado, rara vez los conflictos estructurales consiguen llegar a esta etapa, y ello por dos causas: en primer lugar, dichos problemas no son, por regla general, fenómenos recientes cuya novedad despierte el interés de la ciudadanía. Suelen ser conflictos que se han mantenido durante cierto tiempo y que, debido a ello, son percibidos como asuntos que no exigen un tratamiento urgente o prioritario. En segundo término, es relativamente común que en estos litigios resulten comprometidos grupos sociales que no cuentan con la simpatía de una parte importante de la ciudadanía. El rechazo social que experimentan estos grupos se convierte, de tal manera, en un enorme inconveniente que impide el reconocimiento de la violación de sus derechos como genuinos problemas políticos.

En cuanto a lo primero, es preciso señalar que debido a la prolongada preexistencia de estos conflictos, normalmente se encuentran ya en una fase *posproblemática* cuando arriban a los tribunales<sup>293</sup>. Esto quiere decir que la atención obtenida durante las fases de mayor visibilidad ha descendido sin que el conflicto haya sido resuelto en debida forma. El decaimiento de la atención del público es un serio motivo de preocupación puesto que, sin importar cuánto interés haya despertado la aparición de un problema, la agitación que ocasiona remite muy pronto debido al incesante surgimiento de nuevos fenómenos que porfían por obtener la atención ciudadana. Por tanto, si el momento de reconocimiento no fue aprovechado por los actores para introducir el problema en la agenda política de las autoridades, es altamente improbable que vuelva a surgir una nueva oportunidad para conseguir dicho resultado. Así pues, una vez los conflictos estructurales han ingresado a la aludida fase

---

<sup>292</sup> *Ibíd.*

<sup>293</sup> HARGUINDÉGUY, Op. Cit., p. 51 y ss.

posproblemática, la alternativa de reconducirlos hacia el cauce de la acción política supone grandes dificultades<sup>294</sup>.

La segunda causa identificada apunta a la desafección que suele sentir la sociedad por buena parte de los grupos que reclaman el amparo estructural de sus derechos. Dicha hostilidad produce una barrera que limita las posibilidades de encauzar la acción pública del Estado a su favor. Una clara muestra de ello se encuentra en las sentencias estructurales expedidas con el fin de solucionar los problemas de hacinamiento y tratamientos vejatorios que se presentan en los centros penitenciarios<sup>295</sup>. Quienes acuden en calidad de víctimas en estos procesos son personas que, para un vasto sector de la sociedad, representan una seria amenaza para la convivencia pacífica. Debido a la gravedad de las acciones por las que han recalado en las cárceles, suelen ser vistas como justos acreedores del escarnio al que son sometidos en estos lugares de reclusión. Por tanto, las violaciones de sus derechos no logran despertar fácilmente el interés de la comunidad, ni el de los actores políticos que podrían adelantar actuaciones que mejorasen sus condiciones de detención.

En definitiva, la solución que plantean quienes se oponen a las intervenciones estructurales no parece ser la más acertada. Su planteamiento central, según el cual la intervención de los tribunales no es deseable por cuanto obstruye y desencamina la actuación de los agentes que estarían en condiciones de ocuparse adecuadamente de estos asuntos, evoca la figura de la *mano invisible* postulada por ADAM SMITH.

En ambos casos, las doctrinas de la restricción judicial y del liberalismo económico sostienen que la injerencia de las autoridades estorba la acción de un conjunto de mecanismos que obran de manera espontánea y eficiente con el fin de restablecer el equilibrio que se ha visto afectado. Defienden, en consecuencia, la

---

<sup>294</sup> Sobre las fortalezas y dificultades que enfrentan los grupos minoritarios y subrepresentados al reivindicar sus derechos mediante la movilización social, ver PERUZZOTI, ENRIQUE Y SMULOVITZ, CATALINA (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006; O'DONNELL, GUILLERMO, «Acerca de Varias Accountabilities y sus Interrelaciones», en MCCUBBINS, MATHEW Y SCHWARTZ, *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias*, Buenos Aires, Editorial Temas, 2002.

<sup>295</sup> Pese a que buena parte de los ordenamientos en los que ha aparecido el amparo estructural de los derechos fundamentales cuenta con ejemplos de sentencias que apuntan en esta dirección, sin lugar a dudas la jurisprudencia norteamericana conserva su lugar en esta materia como referencia obligatoria. Por tal motivo, en el capítulo siguiente se adelanta un estudio que pretende enseñar el devenir que han seguido estos procesos en los tribunales estadounidenses y, en segundo lugar, dar cuenta de las vicisitudes que regularmente afrontan los jueces que se embarcan en empresas como esta.



libertad de acción de los actores involucrados y promueven el establecimiento de restricciones al control efectuado por los órganos correspondientes

Del mismo modo que la economía posclásica ha refutado las premisas del pensamiento de SMITH, el análisis de las políticas públicas ha demostrado las limitaciones que enfrentan los sistemas políticos para corregir de manera automática los conflictos estructurales. Los estudios contemporáneos en ciencia política coinciden en declarar que su objeto de estudio es, en esencia, un juego de intereses en el que con cierta regularidad resultan sacrificados la racionalidad y el interés general<sup>296</sup>.

En conclusión, el principal error en el que incurren quienes se oponen a cualquier tipo de intervención judicial en el ámbito de las políticas públicas consiste en desconocer que *la acción pública requiere incentivos y que, por tanto, no se desarrolla de manera espontánea*. Por tal motivo, cuando no existen estímulos suficientes que

---

<sup>296</sup> Si bien la teoría de la elección racional ha ejercido una honda influencia en el análisis de las políticas públicas —influjo que subsiste aún en la obra de autores destacados como ANTHONY DOWNS Y DOUGLAS HIBBS— en la actualidad sus planteamientos han perdido la adhesión que suscitaron al ser formulados. Su lugar ha sido ocupado por esquemas explicativos que han puesto en duda la racionalidad del proceso de toma de decisiones del Estado y el pensamiento estratégico que le había sido atribuido. Sobre el particular, resulta oportuno hacer referencia a los estudios desarrollados por HAROLD LASSWELL, quien introdujo la perspectiva de la psicología en el análisis de las políticas públicas. Con ello dio origen a las *teorías psicologizantes*, las cuales buscan —en una dirección diametralmente opuesta a la adoptada por la elección racional— dar explicación al comportamiento público de los ciudadanos con base en los hallazgos de la disciplina cultivada por FREUD. De manera puntual, LASSWELL pretendió demostrar que las actuaciones de quien participa en el mundo de la política están condicionadas por aquellos valores que se hallan depositados en su subconsciente.

Por su parte, las teorías de la *racionalidad limitada* —que son las que hoy en día cuentan con mayor aprobación en la ciencia política— han contribuido a superar buena parte de los fundamentos sobre los que se erigen algunos de los planteamientos centrales de la *rational choice*. HERBERT SIMON, quien acuñó por vez primera el término de la racionalidad limitada, demostró que la información de la que disponen las personas en los procesos de decisión nunca es completa. A su vez, comprobó que la capacidad de comparación empleada por los individuos para valorar diferentes opciones es muy limitada, por tanto, normalmente no toman en consideración la totalidad de las alternativas al momento de elegir entre una de ellas. Con base en estas premisas, SIMON concluyó que rara vez las soluciones adoptadas por los ciudadanos y por las organizaciones son el resultado de un ejercicio de reflexión razonable, lógica y plenamente informada. Por el contrario, suelen ser decisiones que, en vez de buscar la maximización de los recursos y las utilidades, persiguen sencillamente la satisfacción de las necesidades que, en el momento de la elección, resulten más apremiantes.

Para terminar, conviene cerrar este breve comentario en torno a las críticas formuladas a la elección racional haciendo referencia a la tesis propuesta por CHARLES LINDBLOM. Con fundamento en los reparos opuestos por la teoría de la racionalidad limitada, el autor sostiene que las decisiones adoptadas en el ámbito de las políticas públicas son adoptadas con el fin de «salir del paso» a los problemas más acuciantes que se presentan en una comunidad. En otras palabras, afirma que los individuos prefieren las soluciones efectistas en vez de darse a la labor de hallar un remedio óptimo. En su criterio, lo anterior es consecuencia de la acción de un conjunto de sesgos psicológicos y cognitivos que obran sobre la capacidad de elección de los ciudadanos. LASSWELL, HAROLD, *Power and Personality*, Nueva York, Norton Company, 1948; SIMON, HERBERT, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*, Nueva York, The Free Press, 1947; LINDBLOM, CHARLES, «The Science of Muddling Through», en *Public Administration Review*, vol. 19, pp. 79-88; LINDBLOM, CHARLES, «Still Muddling, not yet through», en *Public Administration Review* en vol. 39, pp. 517-526.

desencadenen el obrar del Estado, las sociedades enfrentan el riesgo de presenciar el surgimiento de conflictos estructurales que pueden mantenerse de manera indefinida en el tiempo. Dicha constatación es, según nuestro modo de ver, un argumento de peso a favor de la participación de los tribunales en estos asuntos. Su intervención podría contribuir a remediar las imperfecciones de la política por las que sus actores suelen dedicarse —de manera casi exclusiva— a la satisfacción de las demandas cuya atención les resulta provechosa. Lo anterior desmentiría la afirmación hecha por sus detractores, según la cual los fallos estructurales resultan innecesarios. Más aún, llevaría a concluir que estas decisiones mejoran el funcionamiento del engranaje político al establecer acicates que obligan a las asambleas legislativas a ocuparse de la totalidad de los intereses que deben ser atendidos en una sociedad democrática.

En el capítulo V de esta investigación realizaremos un estudio detallado de la implementación práctica de los fallos estructurales que nos dará ocasión de examinar la manera como este planteamiento teórico es llevado a la práctica. En ese sentido, podremos comprobar si las altas expectativas sobre las que se justifica la realización de las intervenciones estructurales son cumplidas por los tribunales. Antes de llevar a cabo dicho análisis, es menester examinar las causas que han provocado el surgimiento del amparo estructural en los ordenamientos jurídicos. A este importante asunto se encuentra dedicado el capítulo siguiente.

## CAPÍTULO IV

### CAUSAS DEL AMPARO ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS

*(4.1.) Las explicaciones tradicional y compleja del surgimiento de los fallos estructurales; (4.2.) La explicación tradicional y la teoría de los derechos; (4.2.1.) Críticas propuestas a la teoría de los derechos como causa del amparo estructural; (4.2.2.) La ideología de los jueces como explicación del amparo estructural; (4.2.3.) ¿Existen agendas políticas detrás de la aprobación de los fallos estructurales?: el realismo jurídico y los estudios críticos del derecho; (4.2.4.) Críticas al modelo actitudinal; (4.2.5.) El juez en «el mercado laboral»; (4.2.6.) Condiciones complementarias que inciden en el surgimiento de los fallos estructurales; (4.3.) La explicación compleja; (4.3.1.) Las «estructuras de sostén»; (4.3.1.1.) El papel de las estructuras de sostén en la aprobación de Brown vs. Board of Education; (4.3.1.2.) La eliminación de las barreras de acceso a la administración de justicia; (4.3.2.) La existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial; (4.3.2.1.) Características de una cultura jurídica favorable al amparo estructural; (4.4.) Cultura jurídica, ideologías y amparo estructural*

#### ***(4.1.) Las explicaciones tradicional y compleja del surgimiento de los fallos estructurales***

Una vez han sido expuestos el concepto y la tipología del amparo estructural de los derechos, y se han referido las posturas asumidas por la doctrina en torno a este, resulta oportuno analizar las causas de las que procede este fenómeno. Dicho estudio es de particular importancia, pues al establecer con precisión los elementos que lo desencadenan se logra comprender mejor las funciones que cumplen estas intervenciones en los ordenamientos jurídicos. Al adentrarse en tales motivos, por otra parte, es posible identificar quiénes lideran estos procesos de transformación social y cuáles son los fines que persiguen<sup>297</sup>.

---

<sup>297</sup> Con esta afirmación se descartan los planteamientos esbozados por quienes defienden una teoría evolucionista de los cambios legales. De acuerdo con esta explicación, las transformaciones que ocurren en el mundo del derecho no se deben a la acción de la voluntad humana. Serían, por el contrario, el fruto de recónditos procesos históricos y sociales cuyo curso no puede ser alterado por el hombre. Según esta formulación, el amparo estructural de los derechos no sería atribuible a ningún actor específico. Su aparición se debería al influjo de fuerzas sociales, económicas y políticas que trascenderían la intención de los sujetos que intervienen en el surgimiento de esta tendencia judicial. Desde otro punto de vista, si bien el origen del amparo estructural no es un asunto que pueda ser determinado al margen del contexto en el que se enmarca, no es adecuado ver en él la materialización de un impulso forzoso e indomeñable. Este modelo de intervención es el producto de la interacción de sujetos racionales que actúan procurando la satisfacción de sus intereses. No es el desenlace necesario de la mezcla de un grupo de condiciones, sino el resultado de un proyecto promovido por partes identificables que persiguen objetivos que también pueden ser precisados. Sobre la teoría de la evolución legal, ver STEIN, PETER, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Nueva York, Cambridge University Press, 1980. Una contundente crítica a este modelo de explicación de las intervenciones estructurales se encuentra en HIRSCHL, RAN, «The Political Origins of

Para empezar, es preciso advertir que existen dos explicaciones que dan cuenta de los elementos que han incidido en el surgimiento de las sentencias estructurales. La primera de ellas —que es precisamente la que cuenta con mayor respaldo en la doctrina— apunta a la aprobación de cartas de derechos liberales y al liderazgo de jueces activistas como las causas que provocarían estas actuaciones. Según esta opinión, la conjunción de estos dos elementos —uno puramente jurídico y el otro de carácter marcadamente político— estaría en la raíz de estas decisiones. De tal manera, no solo no mediarían otros factores en la producción de este resultado, sino que los dos que acaban de ser mencionados bastarían para que esta tendencia echara raíces en los sistemas jurídicos. Debido a la amplia aceptación que tiene esta postura, en adelante se hará alusión a ella como *la explicación tradicional*.

La segunda respuesta que se ha planteado sobre el particular sostiene que, pese a la incontestable influencia ejercida por estos elementos, no es acertado reducir la aparición del fenómeno bajo estudio a la acción de estas dos causas. De acuerdo con este planteamiento, aun cuando las Constituciones consagren ambiciosos catálogos de derechos y libertades, y sean designados en los tribunales jueces deseosos de impulsar profundas reformas sociales, ello no garantiza que las sentencias en cuestión vayan a ser aprobadas. En contra de lo que se muestra como una evidencia para la intuición, quienes han formulado esta postura sostienen que las decisiones estructurales son producidas por causas que no se encuentran bajo el control de los tribunales. La presencia de una red de litigio estratégico dotada de una financiación suficiente y la existencia de una cultura jurídica proclive a este tipo de iniciativas serían, según esta justificación, el auténtico germen de estas intervenciones. En atención a que esta tesis incorpora argumentos que problematizan la facultad que tendrían los jueces para definir su agenda y para orientar según sus preferencias la decisión de los casos, se llamará a este modelo *la explicación compleja*.

Se inicia este capítulo examinando las proposiciones centrales sobre las que se apoya la explicación tradicional. A continuación se pasará revista a las principales objeciones que han sido planteadas en su contra para, luego, trabajar en el análisis de la explicación compleja. Con base en el anterior estudio se fijará una postura sobre las circunstancias que provocan este movimiento judicial.

#### ***(4.2.) La explicación tradicional y la teoría de los derechos***

De acuerdo con la interpretación tradicional, el amparo estructural sería producido por la combinación de las dos causas mencionadas: la consagración de derechos progresistas y la adopción de una postura activista por parte de quienes conforman el Poder Judicial, ambas ocasionarían, según esta hipótesis, el arribo de las intervenciones estructurales. Se comienza este análisis con el primer factor que hace parte de esta ecuación, la promulgación de las cartas de derechos.

Esta promulgación que garantiza el goce de ciertos bienes morales y materiales ha sido, desde su nacimiento, una de las improntas más emblemáticas del constitucionalismo <sup>298</sup>. La corriente que desató las revoluciones francesa y norteamericana confió en que la inclusión de estas libertades en los textos constitucionales habría de impulsar la materialización de las transformaciones que se proyectaban entonces. Se esperaba que dicho reconocimiento obligaría a los Estados a modificar su proceder de manera que este dejara de ser la principal amenaza que se cernía sobre la autonomía de los ciudadanos. En ese sentido, la aprobación de estas cartas no pretendía únicamente trazar ámbitos de la vida privada para hacer de ellos ámbitos inaccesibles al poder de injerencia de las autoridades. Además, buscaba convertir a estos derechos en el motor de las reformas institucionales que tendrían que ser implementadas para la realización del ideario liberal.

JAMES MADISON añadió que la consagración de estos derechos dejaría una huella duradera en la conciencia moral de los pueblos:

Las verdades políticas declaradas de esta manera solemne [esto es, mediante la aprobación de una carta de derechos] adquieren gradualmente el carácter de máximas

---

<sup>298</sup> Una de las pruebas más esclarecedoras sobre la preponderante labor que ha sido atribuida a los *bills of rights* en el proyecto del constitucionalismo se encuentra en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La memorable disposición proclamó que «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes públicos, carece de Constitución». Estos dos instrumentos, según lo corrobora el curso que ha seguido la historia, han sido las armas primordiales de las que se ha valido el constitucionalismo para alcanzar sus propósitos de amparar la libertad de los hombres y controlar el ejercicio del poder del Estado. Sobre la importancia que tuvo la suscripción de las cartas de derechos durante la génesis del movimiento liberal, ver BLANCO VALDÉS, ROBERTO, *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza, 2010.

fundamentales de un gobierno libre y, a medida que se las incorpora al sentimiento nacional, contrarrestan los impulsos de los intereses y las pasiones<sup>299</sup>.

Según esto, las cartas de derechos no solo cumplirían una labor meramente normativa, consistente en prefigurar el contenido del derecho y en condicionar la conducta del Estado, sino que ejercerían una tarea moralizadora en el seno de las sociedades. Los resultados de este oficio se comprobarían al observar la manera en que los valores que inspiran el reconocimiento de estos derechos acabarían por ingresar en el acervo moral que comparten las naciones. De tal suerte, incluso el obrar de los ciudadanos terminaría por ajustarse a las exigencias éticas que manarían de las libertades.

De ahí que a partir de aquella época los *bills of rights* hayan sido considerados valiosos instrumentos para la ejecución de cambios sociales. Ellos desarrollarían una trascendental labor pedagógica que fomentaría el progreso en tiempos de estancamiento moral. Por tal razón, no es casualidad que la totalidad de los movimientos de emancipación que han florecido desde entonces —empezando por aquellos que promovieron la abolición de la esclavitud hasta los que, en nuestros días, defienden las más diversas causas— hayan recurrido al discurso de los derechos para promover la protección de sus intereses.

En ese sentido, la *lucha por los derechos* que libran estos movimientos se basa en la creencia —ampliamente difundida— según la cual el reconocimiento legal de una reivindicación es capaz de impulsar las reformas sociales e institucionales que se persiguen. Conforme a esta opinión, la inercia que suele gobernar la actuación de las instituciones y la no descartable resistencia al cambio que se opone a estas iniciativas, se corregirían con relativa facilidad, haciendo uso de las acciones y de los recursos judiciales. De acuerdo con esta lógica, los jueces serían los encargados de sancionar la desobediencia de tales preceptos y, en consecuencia, de hacer valer los derechos cuyo reconocimiento se ha conseguido<sup>300</sup>.

---

<sup>299</sup> MADISON, JAMES, *The Papers of James Madison*, vol. XI, Charlottesville, University Press of Virginia, 1977, p. 298-299.

<sup>300</sup> Una muestra de la lógica que subyace a esta postura se encuentra en las declaraciones realizadas por el litigante principal de la Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color, THURGOOD MARSHALL, poco después de la aprobación de *Brown vs. Board of Education*. Al ser interrogado por el tiempo que, en su opinión, sería necesario para la implementación del fallo, Marshall afirmó que la completa eliminación de la segregación racial en el sistema educativo norteamericano se produciría en un lapso inferior a cinco años. Al respecto, indicó que el sentido de la decisión era «muy claro», por lo que si

Vale la pena señalar que esta convicción no solo se ha divulgado entre quienes participan en los aludidos procesos de movilización social. A ella se han adherido también líderes políticos y autoridades estatales que han llevado a cabo modificaciones institucionales de talante liberal en numerosos países. Las tres oleadas de democratización que se extendieron por Europa y América Latina a partir de la década de los años setenta son una clara muestra de lo anterior. Según el análisis hecho por HIRSCHL, esta corriente reformista pretendió introducir la democracia en estas regiones utilizando una estrategia que articulaba tres elementos: el establecimiento de un Poder Judicial independiente, la creación de sistemas de *judicial review* y la consagración de ambiciosas cartas de derechos<sup>301</sup>.

Entre los medios dispuestos para la consecución de este resultado estaría la aprobación de una declaración de derechos, que sería la pieza clave que determinaría el éxito de esta empresa. Sin esta declaración el programa de reformas avanzaría sin rumbo, pues los instrumentos restantes son *garantías formales* que carecen de una orientación sustancial propia, esto quiere decir que, en principio, podrían ser empleados para asegurar el afianzamiento de cualquier modelo de organización política. Si bien estos dos instrumentos suelen aparecer en los Estados democráticos, al examinar su engranaje interno se concluye que no habría en ellos traba alguna que les impidiera servir a la consolidación de modelos políticos de diferente cuño. De ahí que la suscripción de una carta de libertades acabe por convertirse, según esta interpretación, en la decisión fundamental de la que dependería el curso que siguen estas transformaciones.

En suma, de acuerdo con la explicación tradicional, los derechos y las libertades que se vierten en una Constitución determinan el porvenir de una sociedad y la suerte que aguarda a su ordenamiento. Al dirigir esta mirada sobre el amparo estructural, dicha interpretación sostiene que el surgimiento de este fenómeno estaría condicionado por los derechos que se proclaman en tales declaraciones. En la medida en que los tribunales tienen la obligación de garantizar la salvaguarda efectiva de estos textos, la aprobación de cartas ambiciosas y progresistas podría hacer de estas intervenciones una actuación forzosa. Más concretamente, según esta interpretación, el Poder Judicial se

---

se producía una violación «en una mañana, (...) tendremos a las autoridades responsables ante la Corte la siguiente mañana, e incluso la misma tarde». En ROSENBERG, p. 43.

<sup>301</sup> HIRSCHL, RAN, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007, p. 31 y ss.

vería abocado a corregir mediante las sentencias estructurales la inacción de las autoridades representativas, pues, de no hacerlo, estaría consintiendo el desconocimiento de la Constitución. Con arreglo a este planteamiento, la inclusión del catálogo de derechos económicos, sociales y culturales en el cuerpo normativo de las Constituciones sería una causa altamente eficiente para la eclosión del amparo estructural.

La razón fundamental por la cual la incorporación de estos derechos abonaría el terreno para el surgimiento del amparo estructural se debe a que la protección efectiva de estos exige el diseño y la implementación de políticas públicas<sup>302</sup>. Lo anterior quiere decir que no es posible lograr su plena realización sin que el Estado haya acometido una labor de planificación y ordenación de los objetivos pretendidos y de los instrumentos disponibles. El engranaje entre unos y otros —continúa el argumento— aún debe ser realizado mediante el diseño de un plan coherente, metódico y adecuadamente financiado<sup>303</sup>. Para hacerse una idea de lo anterior, basta con pensar en el entramado institucional que debe ser preparado por las autoridades para garantizar a todos los habitantes de un país el derecho a la salud.

En este orden de ideas, cuando las autoridades representativas no realizan en debida forma esta labor, o cuando existen discrepancias en torno a la idoneidad de las actuaciones emprendidas, los ciudadanos pueden reclamar a los tribunales la implementación de la acción pública del Estado. Una vez se permite la interposición de estas demandas ante el Poder Judicial poco hace falta, según este planteamiento, para que este se inmiscuya de manera directa en el diseño y la implementación de las políticas públicas. En suma, el amparo estructural sería, conforme a esta proposición, un

---

<sup>302</sup> Al respecto, ver ERAZO, XIMENA, PAUTASSI, LAURA Y SANTOS, ANTONIA (eds), *Exigibilidad y realización de derechos sociales: Impacto en la política pública*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010; LOVERA PARMO, DOMINGO, «Políticas públicas y derechos sociales: En busca de un lugar adecuado para las cortes», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 285-332.

<sup>303</sup> Las observaciones generales elaboradas por el COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES ofrecen una detallada descripción de las obligaciones que resultan exigibles a los Estados que han firmado el Pacto Internacional que consagra estos derechos. En concreto, una definición general de dichos deberes se encuentra en COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 5º período de sesiones, 1990. Recuperado el día 24 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm> En cuanto al contenido y alcance del principio de progresividad, se recomienda consultar COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.



producto que surgiría de modo relativamente espontáneo de la promulgación de las cartas progresistas de derechos.

Ahora bien, sin entrar ahora en el fondo de la crítica que se propone a este primer elemento de la explicación tradicional, es necesario formular la siguiente observación. Tal como ha sido apuntado por la doctrina que se ha ocupado del tema<sup>304</sup>, los derechos económicos, sociales y culturales no son los únicos que requieren la adopción de políticas públicas para asegurar su efectivo cumplimiento. Los derechos civiles y políticos —conocidos de manera imprecisa bajo el nombre de *derechos de abstención*—, también reclaman actuaciones de esta naturaleza. Prueba de ello se encuentra en la compleja infraestructura que es requerida para el ejercicio del derecho al voto. En su caso, las autoridades electorales deben desplegar un plan de acción que resulta muchísimo más complejo y elaborado que el que demandan otros derechos sociales, como aquellos que garantizan la huelga o la asociación sindical. De esto último se sigue que los derechos civiles y políticos también pueden dar pie a la aprobación de las sentencias estructurales.

La jurisprudencia norteamericana analizada en el capítulo primero de esta investigación es una evidencia irrefutable de lo anterior. Pese a que dicho ordenamiento no consagra ninguno de los derechos de segunda generación, esto no ha sido obstáculo para que el amparo estructural haya surgido en el sistema jurídico estadounidense. De lo anterior resulta que el argumento propuesto por la explicación tradicional ha de ser ampliado, de manera que en él se incluyan como causa de las sentencias estructurales tanto los derechos económicos, sociales y culturales, como los civiles y políticos.

Concluida esta digresión, se retoma ahora el análisis del planteamiento central, según el cual los derechos consagrados en una Constitución provocan o impiden, según sea el caso, el surgimiento del amparo estructural. Esta hipótesis se basa en el principio enunciado por el formalismo jurídico que afirma que las decisiones de los jueces únicamente dependen de la voluntad que ha sido consignada en las normas de derecho positivo. De acuerdo con esto, los fallos de los tribunales, conjunto en el que es

---

<sup>304</sup> Entre muchos otros, ver HOOFF, G.J.H. VAN, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en ALSTON, PHILIP Y TOMASEVSKI, KATARINA (eds), *The Right to food*, Boston, Stichting Studie, en Informatiecentrum Mensenrechten, 1984; SCOTT, LECKIE, «Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights», en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 1, 1998, pp. 81-124; ABRAMOVICH Y COURTIS, Op. Cit., 2004, p. 65-113.

importante destacar las sentencias estructurales, no serían más que un producto necesario de la aplicación al caso concreto de la normativa pertinente. En dicho ejercicio no intervendrían las preferencias de los jueces, así como ningún otro elemento que pudiera distorsionar el significado que tendrían las disposiciones. A principios del siglo XIX, el juez JOHN MARSHALL expresó esta convicción en los términos que se transcriben enseguida:

El Poder Judicial, en contraposición al poder de las leyes, no tiene existencia. Los tribunales son meros instrumentos del derecho y no pueden ambicionar nada. Cuando se dice de ellos que ejercen una cierta discrecionalidad, es una simple discreción legal, una discreción que debe ser ejercida discerniendo el curso prescrito por la ley; y, cuando este último es establecido, es deber de los tribunales ajustarse a él. El Poder Judicial jamás es ejercido con el propósito de hacer efectiva la voluntad de los jueces, siempre con el de hacer efectiva la voluntad del legislativo<sup>305</sup>.

La anterior presentación del oficio judicial es una clara imagen del proyecto liberal que pretendía que los hombres y las autoridades fueran juzgados de acuerdo con la voluntad del pueblo. Según las trazas de dicho plan, a los jueces únicamente se les asignaría la responsabilidad de dar aplicación cumplida a la ley. Los derechos depositados en las Constituciones tendrían que ser custodiados, a su vez, por el Poder Judicial, al que le correspondería garantizar la estricta observancia de los deberes impuestos en las aludidas proclamaciones.

De lo anterior resulta que los jueces y los tribunales serían los máximos responsables de salvaguardar los derechos y las libertades de los ciudadanos. Si bien dicha tarea solo puede ser cumplida con la contribución del Estado y de la sociedad, lo cierto es que los jueces y los tribunales tendrían que asegurar que, aun de manera forzada, dicha cooperación será llevada a cabo en debida forma. En el supuesto en que este resultado no sea conseguido de manera espontánea, tendrían la obligación de intervenir a fin de preservar la eficacia normativa de estos apartados de la Constitución.

---

<sup>305</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 19 de marzo de 1824, caso 22 U.S. 738, asunto *Osborn vs. Bank of the United States*. Una versión más contemporánea de este mismo razonamiento se encuentra en la sentencia *State vs. Makwanyane*, aprobada por la Corte Constitucional sudafricana. En dicha decisión, en la que se debatía la aplicación de la pena capital a dos personas, el tribunal manifestó lo siguiente: «Nuestra función es interpretar el texto de la Constitución tal como está escrito. En consecuencia, sin importar las opiniones personales que un asunto tan complejo pueda suscitar entre nosotros, nuestra solución debe ser puramente legal». Sentencia de la Corte Constitucional sudafricana del 6 de junio de 1995, caso CCT/3/94, asunto *State vs. Makwanyane and Mchunu*.

En este orden de ideas, la histórica aprobación de la sentencia *Brown vs. Board of Education* —decisión que, según se ha dicho, inauguró el fenómeno del amparo estructural— habría sido producto de la influencia ejercida por la carta de derechos de este ordenamiento. De tal manera, la suscripción del célebre fallo habría sido una reacción institucional producida debido al violento contraste entre lo dispuesto en la Constitución y la realidad del sistema educativo norteamericano. Más puntualmente, la cláusula de protección igualitaria incluida en la décima cuarta Enmienda sería, entonces, la causa que habría provocado la sísmica transformación de este sistema.

Según EPP, bajo esta convicción EDOUARD LAMBERT se habría opuesto a que el Estado francés aprobara a principios del siglo pasado una declaración de derechos similar a la estadounidense<sup>306</sup>. El jurista galo temía que la aprobación de un instrumento semejante permitiera que, como había ocurrido al otro lado del Atlántico, los jueces obstaculizaran la regulación del mercado y la planificación de la economía. Por esta misma razón, quienes participaron en la redacción de la Constitución de la India, aprobada el 26 de noviembre de 1949, introdujeron, por recomendación del exmagistrado estadounidense FÉLIX FRANKFURTER, importantes modificaciones al borrador del artículo que consagraba el derecho al debido proceso. Los cambios que fueron incorporados en esta norma pretendían evitar que la Corte Suprema de Justicia aprovechara su redacción para deducir de ella derechos que no habían sido expresamente reconocidos o para ampliar el margen de sus competencias. Por último, según lo recuerda el autor de *La revolución de los derechos*, el sempiterno debate que se ha librado en la Gran Bretaña en torno a la conveniencia de promulgar una carta escrita de derechos «continúa girando alrededor de la confianza que se puede tener en los jueces si se aumentan excesivamente sus poderes»<sup>307</sup>.

En conclusión, la idea según la cual los derechos consignados en una Constitución amplían o restringen el poder ejercido por los tribunales cuenta con un amplio respaldo<sup>308</sup>. Conviene señalar que quienes obtienen mayor provecho de la difusión de

---

<sup>306</sup> EPP, Op. Cit., p. 34 y ss.

<sup>307</sup> Ídem.

<sup>308</sup> Sobre el particular, HIRSCHL asevera que de no incluir un *bill of rights* en las Constituciones, los ordenamientos corren el riesgo de confinar el ejercicio de la *judicial review* al control de las normas de procedimiento. A su vez, señala que en aquellos sistemas en los que estas declaraciones han sido aprobadas se ha producido una notable expansión del poder judicial. HIRSCHL, Op. Cit., 2001, p. 315 y ss. Otros autores que respaldan la teoría de los derechos como causa determinante del comportamiento de los jueces son ATIYAH, P.S. Y SUMMERS, ROBERT, *Form and Substance in Anglo-American Law: A*

esta hipótesis son, justamente, las mismas autoridades judiciales. Esto es así en la medida en que esta conjetura excluye de dicho cálculo la incidencia que puedan tener las preferencias políticas de los jueces. Como consecuencia de ello, la causa de la aprobación de las sentencias estructurales, y de los demás fallos de alto impacto que aprueban los tribunales, únicamente se hallaría en los textos normativos cuya aplicación ha sido confiada a los jueces.

De acuerdo con este argumento, las sentencias estructurales no reflejarían tanto la orientación ideológica de quienes las aprueban, como el afán reformador del ordenamiento dentro del cual se producen. En consecuencia, la legitimidad de estas decisiones provendría del propio texto constitucional. No sería posible dissociar el valor que tienen las normas que proclaman los derechos, de las órdenes judiciales que pretenden asegurar su protección mediante la implementación de las políticas públicas. Es por ello que esta argumentación resulta sumamente conveniente para los jueces, pues les permite sortear las objeciones formuladas en su contra amparándose directamente en las estipulaciones de la Constitución. De tal manera, cualquier crítica que sea hecha sobre las decisiones que adoptan acabaría por convertirse, debido a las artes de este razonamiento, en un reproche dirigido al texto constitucional.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional sudafricana a propósito de la legitimidad de las sentencias estructurales muestra la manera en que se enlazan estas razones. En el extracto que se transcribe a continuación, tomado de la sentencia *Soobramoney vs. Minister of Health*, el Tribunal afirma que el proyecto de transformar la realidad social y económica del país es uno de los propósitos más importantes que se ha trazado la Constitución promulgada tras la caída del *apartheid*. Entre líneas se puede leer que la adopción de los fallos estructurales no sería, entonces, el resultado de una causa distinta al desenlace de la propia fuerza reformadora del texto constitucional.

Vivimos en una sociedad en la que existen grandes inequidades en materia de salud. Millones de personas viven en condiciones deplorables y en una profunda miseria. Existe un alto nivel de desempleo, inadecuada seguridad social y muchos carecen de acceso a servicios de salud adecuados y a agua potable. Estas condiciones ya existían cuando la Constitución fue expedida, por lo que un compromiso de hacerles frente, y de transformar

---

*Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1987; ALLEN, JAMES, «Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal's Quandary», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n.º 2, 1996, pp. 337-352; HOLLAND, KENNETH (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Nueva York, St. Martin's Press, 1991.

nuestra sociedad de manera que exista dignidad humana, libertad e igualdad, yace en el corazón de nuestro nuevo orden constitucional. Pues mientras estas condiciones continúen existiendo, tales aspiraciones serán una vana esperanza<sup>309</sup>.

En atención a que el mismo texto constitucional habría ordenado la profunda revisión de las instituciones de la sociedad y del Estado para conseguir la efectiva protección de los derechos, nada podría ser reprochado a los tribunales que pretenden llevar a la práctica este propósito mediante los fallos estructurales. Dicho en otros términos, no cabría esperar de los jueces un comportamiento diferente al que acaba de ser referido cuando se les ha encomendado la salvaguarda de una *Constitución transformadora*<sup>310</sup>. Ellos mismos tendrían que asumir como propio el compromiso consignado en estos textos y velar, a través de sus sentencias, por su efectivo cumplimiento.

En estos términos quedan expuestos los planteamientos generales de este primer elemento de la explicación tradicional. A continuación, un estudio de las principales objeciones que han sido formuladas en su contra.

#### ***(4.2.1.) Críticas propuestas a la teoría de los derechos como causa del amparo estructural***

A pesar de la gran persuasión que ejercen las razones que dan forma a este primer argumento, dentro de la literatura especializada en la materia se han planteado fuertes críticas en su contra. Entre ellas sobresalen los contundentes reparos propuestos por CHARLES EPP Y MARC GALANTER, quienes, con base en rigurosos estudios cuantitativos, han sometido a un severo escrutinio a esta teoría.

Ambos autores han desarrollado sus investigaciones con la intención de establecer si, tal como lo pretende esta hipótesis, la promulgación de normas jurídicas progresistas

---

<sup>309</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudafricana del 27 de noviembre de 1997, caso CCT/32/97, asunto *Soobramoney vs. Minister of Health*.

<sup>310</sup> Esta expresión ha sido acuñada por la doctrina para hacer referencia al carácter reformista que caracteriza a la Constitución del país sudafricano. Al respecto, ver KLARE, KARL, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», en *South African Journal on Human Rights*, n.º 14, 1998, pp. 165-193; ROUX, THEUNIS, «Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference?», en *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n.º 2, pp. 258-285; HORN, NICO, «Interpreting the Constitution: Is Transformative Constitutionalism a Bridge Too Far?», en *University of Namibia Law Review*, vol. 2, n.º 1, 2014, pp. 1-24; NGCOBO, SANDILE, «South Africa's Transformative Constitution: Towards an Appropriate Doctrine of Separation of Powers», en *Stellenbosch Law Review*, Johannesburgo, vol. 22, 2011, pp. 37-49.

produce un cambio en el comportamiento de los jueces. CHARLES EPP ha indagado si *la revolución de los derechos* acaecida en los Estados Unidos a partir de la designación de EARL WARREN como presidente de la Corte Suprema de Justicia fue resultado de las disposiciones vertidas en la Constitución norteamericana<sup>311</sup>. Por su parte, GALANTER analiza si el litigio que se realiza con el propósito de obtener la reivindicación de los derechos constitucionales genera efectos redistributivos en las sociedades. Según se expone más adelante, el autor analiza la manera en que la arquitectura básica de los ordenamientos crea o limita oportunidades para promover el cambio social. El sugestivo nombre del estudio realizado por GALANTER indica, de entrada, quiénes serían los verdaderos beneficiarios de la acción del sistema judicial: *Por qué ganan los que tienen: reflexiones sobre los límites del cambio social*<sup>312</sup>.

Se analizarán, en primer lugar, los resultados de la investigación desarrollada por EPP. Antes de emprender este estudio es preciso resaltar el enorme interés que despierta dicha indagación. Esta obra desmitifica —con algún éxito, según nuestro criterio— uno de los dogmas más preciados para la tradición constitucional norteamericana y para los ordenamientos que se han erigido siguiendo su ejemplo. Se trata de la convicción que afirma que las Constituciones ofrecen un aporte trascendental, e insustituible, en la transformación de las sociedades<sup>313</sup>.

El autor somete a examen a este postulado y concluye que, si bien las Constituciones y los Tribunales encargados de su protección judicial brindan una importante contribución para el avance de estos procesos, otros factores ejercerían una influencia aún más decisiva. A su juicio, la revolución norteamericana de los derechos no habría sido producida —o, al menos, no únicamente— por las disposiciones

---

<sup>311</sup> EPP, Op. Cit., p. 34 y ss.

<sup>312</sup> GALANTER, MARC, «Why the *Haves* Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change» en *Law & Society Review*, vol. 9, n.º 1, 1974, pp. 95-160. Existe una traducción al español de este texto: «Por qué los poseedores salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico», en GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (ed.), *Sociología jurídica: teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 69-104.

<sup>313</sup> Aquí se revela una de las diferencias fundamentales que separa a las dos versiones del constitucionalismo que han sido cultivadas en las dos orillas del Atlántico. Mientras que en el lado americano, por influencia del postulado en cuestión, los jueces encargados de custodiar las Constituciones se han visto involucrados en buena parte de las transformaciones que se han realizado en la región, en Europa el Poder Judicial no se ha implicado en dichos procesos. Por el contrario, en el viejo continente las movilizaciones sociales y políticas han pretendido incidir de manera directa en la acción de los parlamentos. Si bien hay algunos indicios que parecieran sugerir que esta tendencia podría variar, de modo que los Tribunales Constitucionales acabasen por adquirir un mayor protagonismo en este ámbito, lo cierto es que una de las marcas del constitucionalismo europeo es la restricción de los tribunales frente a los movimientos de cambio social.

constitucionales ni por el talante liberal de los jueces que participaron en la aprobación de tales sentencias. En lugar de ello, las organizaciones sociales que desarrollaron una campaña de litigio de alto impacto para conducir estos procesos a los estrados judiciales habrían sido las auténticas protagonistas de esta transformación<sup>314</sup>.

Con el objetivo de comprobar su hipótesis, EPP examina de cerca el desarrollo jurisprudencial que experimentaron, en aquella época, los derechos de las mujeres y los derechos reconocidos a los convictos y a quienes son enjuiciados dentro de los procesos penales. Como es bien sabido, en estos dos ámbitos se produjeron importantes avances que mejoraron la suerte de estos grupos tradicionalmente discriminados.

El estudio emprendido por EPP, no obstante, desborda tales fronteras y ofrece un análisis que sirve para examinar la totalidad de las transformaciones a las que se sometió el derecho norteamericano gracias a la revisión que se hizo entonces de su jurisprudencia. A partir del año 1953, la Corte Suprema de Justicia ejecutó un giro copernicano en su funcionamiento y en su discurso. Como consecuencia de ello, la agenda que ocupaba hasta entonces al Tribunal y su postura frente al ejercicio de las libertades de los ciudadanos experimentaron un cambio sin precedentes. Para hacerse una idea de las dimensiones de dicha modificación, vale la pena referir algunas de sus actuaciones más destacadas: la Corte Warren reinterpretó bajo una mirada liberal las ocho primeras Enmiendas incorporadas en la Constitución; llevó a cabo una enérgica protección de los derechos de las minorías; declaró la inconstitucionalidad de las leyes que prohibían el matrimonio y el intercambio entre sujetos de razas diferentes; ordenó el fin de la segregación racial en el sistema educativo público; desbloqueó los canales de cambio político; proclamó la existencia del derecho a la intimidad; corrigió la división

---

<sup>314</sup> Si bien los hallazgos hechos por EPP en la materia han alcanzado gran notoriedad, otros autores habían advertido antes que este tipo de transformaciones jurídicas requieren un amplio respaldo social y la presencia de ciertas condiciones políticas. En ese sentido, su investigación prosigue la ruta iniciada por GALANTER, TUSHNET, ACKERMAN, Y EPSTEIN, quienes ya habían advertido que los jueces no pueden ejecutar reformas de esta índole por su cuenta, blandiendo las normas de la Constitución como único instrumento. Al respecto, GALANTER, Op. Cit., ACKERMAN, BRUCE, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991; TUSHNET, MARK, *The NAACP's Legal Strategy Against Segregated Education: 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1987; EPSTEIN, LEE Y KOBYLKA, JOSEPH, *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1992.

de los distritos electorales para fortalecer la representación de los intereses de los electores, y dispuso la secularización de los colegios públicos, entre otras decisiones<sup>315</sup>.

De cara a esta monumental conversión de la jurisprudencia estadounidense, EPP se pregunta si, en verdad, los jueces y la Constitución fueron los auténticos hacedores de este cambio. Movidio por una intuición que en apariencia no cuenta con mayor respaldo se plantea si, en lugar de ello, las organizaciones que llevaron estos casos a los tribunales habrían sido las artífices de dicha transformación. Con base en la evidencia recopilada en el curso de su investigación, el autor concluye que la actividad de dichas asociaciones habría sido la causa real que desencadenó dicho cambio. En ese sentido, sostiene que la estrategia de litigio continuo y estratégico utilizada por estos grupos no solo habría impulsado a los jueces a adoptar tales decisiones, sino los habría obligado a respaldar tales reformas, pese a que algunas de ellas reñirían con sus preferencias ideológicas.

Antes de ahondar en la explicación propuesta por EPP, es preciso examinar con algún detalle la objeción que formula en contra de la teoría de los derechos como causa de las sentencias estructurales. Dicha crítica se basa en la evolución del comportamiento histórico de la Corte Suprema de Justicia. Para empezar, el autor analiza la cercanía temporal entre el instante en que se desencadenó la revolución de los derechos y el momento en que fueron aprobadas las Enmiendas constitucionales que la habrían producido. Según lo ha destacado ROSENBERG, para efectos de establecer la influencia que ejerce una norma jurídica en la producción de un cambio social determinado, es preciso tener en cuenta la proximidad temporal existente entre los dos acontecimientos<sup>316</sup>. En la medida en que el tiempo transcurrido sea menor, hay una probabilidad más alta de que, en efecto, exista un nexo de causalidad entre los dos sucesos. En sentido contrario, siempre que dicho lapso se incrementa, la posibilidad de establecer una asociación causal habrá de decrecer. Esto es así en atención a que la presencia de intervalos más extensos permite la irrupción de otros elementos causales distintos a la promulgación de la norma cuya influencia se examina.

---

<sup>315</sup> Al respecto ver TUSHNET, MARK, *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1993; SCHWARTZ, BERNARD, *The Warren Court: A Retrospective*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

<sup>316</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 42 y ss.



Con fundamento en lo anterior, EPP vuelve sobre la línea del tiempo que registra estos sucesos y constata que «Durante casi un siglo y medio después de que se ratificara el *bill of rights*, la Corte Suprema ignoró en gran medida las libertades civiles y los derechos»<sup>317</sup>. Desde 1870 la parte dogmática de la Constitución estadounidense se conservó intacta<sup>318</sup>, mientras que la aludida transformación del sistema norteamericano se produjo bien avanzado el siglo XX. El autor comprueba que hasta la década de los años 30 del siglo pasado, los únicos derechos a cuya protección se dedicó con esmero la Corte Suprema fueron aquellos que garantizan la propiedad privada y la contratación. Las libertades fundamentales de los ciudadanos tuvieron que aguardar varios lustros más para que el alto tribunal se preocupara por su tutela.

La implementación de la Enmienda XIV, aprobada en 1868, es una clara muestra de la demora con la que llegaron las interpretaciones progresistas de los jueces<sup>319</sup>. Pese a que esta reforma regula una gran cantidad de asuntos que debieron ser tenidos en cuenta luego de su promulgación —entre los que se encuentra la ampliación de las reglas de ciudadanía, el reconocimiento de la cláusula de la igualdad y del derecho al debido proceso—, durante un largo período los magistrados de la Corte no dedujeron de ella consecuencias jurídicas dignas de mención. Más aún, a lo largo de las décadas de los años setenta y ochenta del siglo XIX, la Corte llegó a definir «los derechos declarados por la Decimocuarta Enmienda como inexistentes»<sup>320</sup>. Por tanto, no resulta atinado sostener que esta reforma haya inducido a los jueces a abandonar la postura conservadora que imperaba antes —y, como queda visto, aun después— de su

---

<sup>317</sup> EPP, Op. Cit., p. 80.

<sup>318</sup> Pese a que en el año 1920 se promulgó la Enmienda XIX, que autorizó en los Estados Unidos el sufragio femenino, EPP anota que esta reforma no se incorporó al arsenal jurídico que fue usado durante la revolución de los derechos.

<sup>319</sup> Entre las diferentes reformas que han sido introducidas a la Constitución norteamericana, la Enmienda XIV ha desempeñado un papel cardinal en la reforma liberal de su jurisprudencia. La importancia de dicho texto consiste en que ha ofrecido a la Corte el fundamento normativo que era requerido para ampliar el alcance de la carta de derechos. En concreto, la Enmienda en cuestión ha permitido que las libertades allí consignadas no solo sean oponibles al gobierno federal —tal como ocurrió a lo largo del siglo XIX y a principios del XX— sino que también puedan ser reivindicadas ante las autoridades estatales. Este cambio supuso una mejora exponencial en comparación con los avances que se habían conquistado hasta entonces en la materia. Sin embargo, es preciso destacar que la interpretación que acaba de ser expuesta solo fue realizada cincuenta años después de que la Enmienda fuese promulgada. Hasta aquella época la Corte no reconoció a esta reforma mayor importancia. EPP, Op. Cit., p. 63.

<sup>320</sup> EPP arriba a esta conclusión luego de analizar algunas sentencias que fueron aprobadas en este período, entre las que se destacan *los casos del matadero*, de 1873, *Minor vs. Happersett*, suscrita en 1875, y *los casos de los derechos civiles*, del año 1883.

promulgación. Por el contrario, teniendo en cuenta que el advenimiento de la jurisprudencia liberal se hizo esperar cincuenta años más, no parece razonable insistir en la supuesta influencia que habría ejercido la carta de derechos en dicha transformación.

Considerando el muy prolongado lapso que se extendió entre el momento en que se aprobaron las Enmiendas constitucionales y la época en que ocurrió la aludida renovación jurisprudencial, no existirían razones valederas que permitan establecer un nexo de causalidad entre los dos sucesos. Según la acertada observación hecha por EPP, una Constitución no tarda tanto en remover la conciencia jurídica de un pueblo y si esto es así, valga decir, si es necesario esperar más de medio siglo para que se produzcan las modificaciones que se proyectan, no resulta adecuado afirmar que dichos textos sean, en realidad, un instrumento de cambio social<sup>321</sup>.

El segundo reparo formulado en contra de la teoría de los derechos como causa de las sentencias estructurales se basa en la investigación adelantada por MARC GALANTER sobre el funcionamiento del Poder Judicial. El autor afirma que la expedición de normas progresistas y la consagración de derechos a favor de la población discriminada o vulnerable no son suficientes para la producción de los resultados que persiguen estas normas. Para que el derecho beneficie a *los que no tienen* —según la expresión utilizada en la obra— es necesario que los aludidos cambios normativos se acompañen de otras modificaciones que permitan su implementación. En la medida en que tales reformas no sean llevadas a cabo es altamente probable que la suerte de los individuos a los que se pretendía favorecer continúe inalterada o que, en el peor de los casos, los grupos que se encuentran en una posición de ventaja social sean quienes saquen provecho de estos cambios normativos<sup>322</sup>.

---

<sup>321</sup> Una prueba adicional sobre la escasa influencia que ejercerían las cartas de derechos sobre los jueces se encuentra en el célebre caso *Dred Scott vs. Sanford*, resuelto por la Corte Suprema estadounidense en el año 1857. En dicha ocasión un afrodescendiente reclamó ante los tribunales su derecho a ser reconocido como ciudadano libre por el hecho de haber vivido durante más de diez años en un Estado en el que había sido proscrita la esclavitud. A pesar de lo dispuesto en las Enmiendas relativas a los derechos y las libertades, la Corte Suprema manifestó que ningún descendiente de esclavos americanos podía ser considerado ciudadano estadounidense de acuerdo con lo dispuesto en el texto constitucional. Como si lo anterior fuera poco, con el propósito de clausurar de manera definitiva el debate en torno a la esclavitud en el país, declaró la inconstitucionalidad de la norma que había prohibido dicha práctica en el territorio en el que Scott se domicilió durante el tiempo anteriormente señalado. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, del 6 de marzo de 1857, caso 60 U.S. 393 (1857), asunto *Dred Scott vs. Sanford*.

<sup>322</sup> La posibilidad de hallar resultados contradictorios como los que acaban de ser descritos revela un atributo esencial del derecho que, por lo general, es desconocido por la dogmática jurídica. Se trata de la pugnacidad que caracteriza a la fase de aplicación judicial de las normas. En virtud de esta cualidad, la

GALANTER sostiene que en un contexto caracterizado por la elevada congestión de los despachos judiciales, la dilación de los procedimientos, los altos costos de los servicios de asesoría legal y la falta de organización de quienes sufren la violación de sus derechos, es previsible que la administración de justicia únicamente beneficie a ciertos intereses. Según se explica enseguida, para que las cartas de derechos desplieguen sus efectos transformadores es necesario que se eliminen los obstáculos que impiden el acceso a la justicia de las víctimas de estas infracciones. De ello depende que los frutos de las cartas de derechos no sean acaparados por quienes acuden al sistema judicial de manera habitual, que son justamente los que lo hacen con sobrados recursos económicos. En suma, con arreglo a este planteamiento, el mero reconocimiento de derechos no basta para que en un ordenamiento aflore el amparo estructural o para que en él se desencadenen transformaciones jurídicas de alcance similar. Es imprescindible que, de forma paralela, se produzcan otras reformas, que no son necesariamente de carácter normativo.

Para comprender lo anterior es menester ahondar en algunos de los argumentos planteados por GALANTER. Su tesis central, según la cual el sistema judicial únicamente beneficia a las élites sociales, se basa en una clasificación que encasilla en dos grupos a los usuarios de la administración de justicia. De acuerdo con la recurrencia con la que acuden al sistema, ellos podrían ser catalogados como demandantes habituales (*repeat players*) y demandantes ocasionales (*one-shooters*). Los demandantes habituales serían usuarios frecuentes que suelen ventilar controversias de un mismo ámbito del derecho ante los estrados judiciales. En su caso, el intercambio con jueces y magistrados es un acontecimiento rutinario que no suscita ningún sobresalto en el giro ordinario de sus

---

lucha por el derecho, esto es, el enfrentamiento entre intereses económicos, políticos y sociales de signo contrario, no culmina con la promulgación de las disposiciones. Antes bien, según ha sido propalado por el realismo norteamericano, dicha contienda se extiende incluso hasta la etapa de la adjudicación. En ella, la disputa se libra por el *sentido*, valga decir, por el significado, que es atribuido a las reglas por los tribunales. De acuerdo con la exposición hecha por GARCÍA VILLEGAS, lo anterior es consecuencia del carácter *polisémico* del lenguaje jurídico. Gracias a dicha propiedad las disposiciones no cuentan con un significado unívoco, por lo que pueden alimentar interpretaciones contrarias. De ahí que la pugna entre los aludidos intereses subsista incluso en la fase judicial, pues es allí donde se decide cuál de ellos va a prevalecer en la interpretación finalmente acogida por los jueces. En razón de lo anterior, el lenguaje utilizado para la creación de normas es definido por el autor como un «espacio abierto, susceptible de una apropiación, de una conquista que no aparece en las palabras pero que está presente como condición de posibilidad del tejido conceptual del discurso». GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO, *La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América Latina*, 2a. ed., Bogotá, IEPRI, Debate, 2014, p. 69 y ss. Sobre la apertura semántica de las disposiciones jurídicas, ver GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

actividades. Las empresas aseguradoras y las compañías financieras son ejemplos paradigmáticos de los sujetos procesales que conforman esta categoría.

De otro lado, los demandantes ocasionales son aquellos que solo de forma excepcional toman parte en un proceso judicial. A diferencia de los demandantes habituales, no cuentan con experiencia en estas lides y ponen mucho en juego cuando acuden —ya sea por iniciativa propia o porque han sido demandados en un litigio— a los estrados judiciales. Quienes participan en un trámite de divorcio, los que se enfrentan al Estado en un pleito tributario y quienes entablan demandas contra este último reclamando el restablecimiento de sus derechos fundamentales —entre otros sujetos procesales que se encuentran en una situación análoga— hacen parte de dicho conjunto.

De acuerdo con el planteamiento expuesto por GALANTER, Los demandantes habituales cuentan con un gran número de ventajas que erosionan la igualdad y el equilibrio que tendrían que existir entre las partes enfrentadas en un proceso judicial: al haber participado antes en innumerables contiendas de este tipo, disponen de un conocimiento avanzado sobre las cuestiones procesales y sustanciales propias de estos trámites; son representados por especialistas que disponen de una vasta experiencia en litigio; tienen oportunidades de desarrollar relaciones informales con las instituciones involucradas en estas contiendas; cuentan con economías de escala que hacen que el inicio y la impulsión de los procesos judiciales demande en su caso un esfuerzo inusitadamente bajo; poseen los recursos económicos y los contactos necesarios para realizar actividades de *lobby* encaminadas a asegurar que la producción de normas jurídicas no menoscabe sus intereses. Por último, en comparación con los demandantes ocasionales, tienen muy poco qué perder al enfrentar un fallo adverso. Esto es así dado que por cada sentencia desfavorable existen cientos de procesos más en los que también participan. A través de estos últimos —continúa el argumento— pueden compensar dicha pérdida.

Para hacerse una idea del desequilibrio producido por estas condiciones basta pensar en la asimetría con la que se enfrenta un deudor hipotecario (demandante ocasional) al banco (demandante habitual) que pretende rematar su inmueble por falta de pago.

La posibilidad de llevar a cabo compensaciones entre los procesos en los que participan ofrece a los demandantes habituales otra importante ventaja: pueden diseñar estrategias jurídicas a largo plazo, orientadas a promover modificaciones jurisprudenciales que les resulten beneficiosas. Dicho en otros términos, debido al gran número de litigios en los que intervienen, los demandantes habituales se encuentran en condiciones de soportar la pérdida de algunos de ellos, e incluso de un número significativo de tales procesos, cuando consideren que dicho sacrificio es un precio razonable a fin de mejorar el arsenal jurídico que podrán emplear en futuras contiendas. De tal suerte, dichas derrotas son asumidas como el costo que debe ser sufragado, en un primer momento, al ensayar tácticas o argumentaciones que habrán de modificar a su favor el desarrollo de la jurisprudencia.

Por el contrario, quienes ejercen la representación judicial de los demandantes ocasionales no pueden llevar a cabo maniobras de esta naturaleza. Para empezar, las personas que no acuden de manera regular a los estrados judiciales suelen poner mucho en juego cuando se ven obligadas a hacerlo. Las repercusiones morales y patrimoniales que traería para ellos un fallo desfavorable son tan elevadas que sus abogados se ven obligados a elegir actuaciones que reduzcan al máximo el riesgo de pérdida. De otro lado, los códigos de ética profesional aplicables en estos casos normalmente sancionan con severidad *conductas estratégicas*, por lo que en todos sus procesos los abogados se encuentran obligados a obrar persiguiendo el triunfo inmediato, y al menor costo posible, de sus clientes. De ahí que cualquier actuación que acarree la pérdida de un proceso, aun cuando a largo plazo apareje un avance sustancial en favor de los demandantes ocasionales, podría traer nocivas consecuencias para los apoderados judiciales.

Todo lo anterior restringe la posibilidad de llevar a cabo planes de litigio estratégico que mejoren a futuro la posición de quienes no acuden de manera recurrente al Poder Judicial. En atención a que los abogados que los representan se encuentran obligados a perseguir resultados favorables, estos suelen realizar un uso conservador del derecho: en vez de probar alternativas que puedan suscitar con el paso del tiempo cambios favorables en la jurisprudencia, prefieren recurrir a las técnicas tradicionales de representación que les garantizan resultados relativamente seguros.

De acuerdo con la explicación propuesta por GALANTER, esta es una de las razones fundamentales por las que el derecho no evoluciona de manera uniforme y por

la que tiende a favorecer los intereses de los demandantes habituales. Este mismo razonamiento demuestra, por otra parte, que la mera promulgación de las cartas de derechos —aun cuando estas sean ambiciosas y de un enérgico talante reformista— no es capaz de producir por sí sola la aparición de las sentencias estructurales. Para que un tribunal emprenda actuaciones de esta clase es preciso que el desarrollo de la jurisprudencia en torno a la protección de tales derechos haya conseguido una evolución excepcional, de modo que la adopción de estas decisiones encaje de manera más o menos pacífica en el ordenamiento. De ahí que las decisiones estructurales no aparezcan de forma abrupta y que en ningún caso hayan asomado inmediatamente después de una reforma constitucional. Según lo enseñan los ejemplos tomados de Sudáfrica, Estados Unidos, Colombia e India, es necesario aguardar varios lustros, y en algún caso décadas completas, para que los tribunales se aventuren por este camino.

Pues bien, con arreglo al razonamiento de GALANTER, el referido desarrollo de la jurisprudencia depende en gran medida del carácter propositivo con el que actúen los sujetos procesales y de las estrategias que sean propuestas por ellos ante los tribunales. Esto es así debido a la congestión que normalmente afrontan los despachos judiciales. Dicha situación produce una gravosa sobrecarga laboral que impide a los jueces investigar a profundidad los temas planteados por las partes e idear nuevas soluciones que enriquezcan el contenido de los derechos. A su vez, dicha circunstancia entorpece la necesaria actualización de estos funcionarios frente a la jurisprudencia proveniente de otros tribunales. Todo ello hace que, por lo regular, las controversias judiciales sean resueltas con base en el arraigado saber que han adquirido gracias a su experiencia como administradores de justicia. De tal suerte, la urgencia de resolver con prontitud los procesos que amenazan con anegar los despachos judiciales los obliga a reiterar, en ocasiones de manera irreflexiva, las soluciones que han empleado en el pasado para solventar litigios similares.

El panorama recién descrito no sería especialmente preocupante si se estuviese analizando una cuestión diferente a la manera en que inciden las cartas de derechos recién aprobadas en el comportamiento de los jueces. En términos generales, es deseable que ellos decidan los pleitos que conocen de acuerdo con argumentos estables y duraderos. Un proceder semejante contribuye de manera positiva a la seguridad jurídica y a la igualdad de quienes recurren al Poder Judicial. Sin embargo, cuando se introducen modificaciones normativas en los ordenamientos se espera que sean estas, y

no la inercia que viene impulsando a sus funcionarios, el criterio que en adelante moldee sus decisiones. Es por ello que la tendencia a obrar siguiendo tales pautas de manera mecánica, y la consecuente dificultad que encuentran estas reformas para obtener un desarrollo jurisprudencial adecuado, resultan sumamente problemáticas.

De lo anterior se sigue que la renovación de la jurisprudencia y el total despliegue de las modificaciones constitucionales y legales no corren únicamente a cargo de los jueces y de los magistrados. En opinión de GALANTER, para que estos cambios afloren en un ordenamiento es necesario que las partes colaboren proponiendo interpretaciones que ahonden en el significado de las normas jurídicas y planteando soluciones que permitan la aplicación de las consecuencias que estas prevén. A su turno, según sería confirmado más adelante por CHARLES EPP, las partes también cumplen una importante labor al suministrar a las autoridades judiciales una provisión permanente de casos para decidir. La relevancia de esto último consiste en que ningún adelanto jurisprudencial aflora de la noche a la mañana, con la primera demanda que se interpone ante los juzgados. Por el contrario, para que tales avances broten y echen raíces en un ordenamiento es menester que el tiempo transcurra y que los litigios sean formulados de manera continua. Solo de este modo es posible el afianzamiento de las decisiones judiciales y la introducción de las variaciones y de los matices propios del desarrollo de la jurisprudencia.

No obstante, como es obvio, la intervención de las partes en estos procesos nunca es imparcial. Ellas pretenden, de manera legítima, obtener la más amplia protección posible de sus intereses. Así pues, en lugar de perseguir la realización de algún propósito colectivo, buscan mejorar de modo directo la posición en la que se encuentran en el ordenamiento y atenuar la eficacia de los argumentos de quienes suelen ser sus adversarios en estas contiendas.

Por todas estas razones, los demandantes habituales —*los que tienen*— se hallan en una situación privilegiada para orientar con arreglo a sus intereses el rumbo de la jurisprudencia. La posibilidad de soportar un número importante de pérdidas y de emplear estrategias que implican riesgo en los procesos judiciales —disposición que contrasta con la actitud conservadora que se ven obligados a asumir los representantes de los demandantes ocasionales— les concede este privilegio.

De ahí que no necesariamente la expedición de una carta progresista de derechos produzca en todos los casos las transformaciones que fueron planeadas al momento de su aprobación. Para que esto ocurra es menester que las barreras que limitan el acceso a la justicia sean eliminadas y que el enfrentamiento entre las partes procesales no ocurra en medio de tales asimetrías. De no superar estos obstáculos es altamente probable que dichas reformas, aun cuando hayan sido concebidas con la intención de favorecer a *los que no tienen*, acaben por beneficiar a quienes acuden al sistema judicial en una posición dominante. La segunda consecuencia que puede aparecer consiste en que, sencillamente, las modificaciones introducidas en el ordenamiento no obtengan aplicación alguna. En este caso la persistencia de las condiciones que han sido referidas conformarían un muro infranqueable para los demandantes ocasionales, lo cual les impediría llevar a cabo la reivindicación de los derechos que han sido reconocidos a su favor.

Ahora bien, de regreso al tema principal, al aplicar los planteamientos expuestos por GALANTER al origen del amparo estructural, se concluye que este fenómeno no se debe —o, al menos, no se debe únicamente— a la promulgación de las cartas de derechos. Si bien la incorporación de estas cartas en los textos constitucionales produce una cierta apertura que ofrecería un margen de acción más amplio a los tribunales, lo cierto es que este solo hecho es incapaz de desatar un fenómeno como el que nos ocupa. Según se indica en la parte dedicada al análisis de la explicación compleja, un resultado como este requiere la realización de una masiva movilización legal. Sin ella es virtualmente imposible que la jurisprudencia alcance la evolución requerida para que los tribunales se involucren en el diseño y la implementación de las políticas públicas<sup>323</sup>.

La aparición de las sentencias estructurales, según se verá más adelante, se encuentra precedida de una intensa labor de litigio que consigue incluir estas violaciones generalizadas de los derechos en la agenda de los tribunales. En ese sentido, la exposición permanente de estas realidades, llevada a cabo mediante la continua interposición de demandas, no solo logra que estos últimos tengan una panorámica global de la situación planteada, sino que les permite identificar las causas que yacen en el fondo de la avalancha de reclamaciones judiciales, a la vez que les muestra el escaso

---

<sup>323</sup> En el capítulo I de esta investigación empleamos la expresión *giro tutelar* para hacer alusión a esta característica del amparo estructural. Se trata del movimiento que llevan a cabo los tribunales con el fin de transformar el marcado talante individualista que caracteriza a los procesos de amparo para hacer de ellos escenarios de protección colectiva —estructural, valga la redundancia— de los derechos.



poder que tienen los remedios judiciales tradicionales para corregir este tipo de circunstancias.

Así pues, llega al final este apartado haciendo énfasis en el extraordinario valor que tiene la movilización legal para el desarrollo de la jurisprudencia y para el cumplimiento de los propósitos consignados en los textos normativos<sup>324</sup>. El amparo estructural de los derechos, así como una parte importante de las figuras que han cobrado vida gracias a la intervención de los jueces deben mucho a la labor de quienes formulan las demandas que ponen en funcionamiento al sistema judicial.

Sobre el particular, vale la pena adelantar que el fenómeno bajo estudio logró despuntar en la medida en que los abogados replicaron las estrategias de litigio que habían sido utilizadas por los demandantes habituales. A su vez, conviene señalar que ha sido igualmente relevante la superación de algunos obstáculos que impedían a los ciudadanos poner en conocimiento de los jueces la violación de sus derechos. La influencia que han ejercido estos dos factores será objeto de estudio más adelante. Por lo pronto, se deja apenas enunciada postura que aquí se acoge sobre el particular y se prosigue con el examen del segundo elemento de la interpretación tradicional sobre las causas del amparo estructural.

#### ***(4.2.2.) La ideología de los jueces como explicación del amparo estructural***

Tal como fue indicado en las líneas que dieron inicio a este capítulo, la explicación tradicional que, por lo general, se ofrece para dilucidar el origen del amparo estructural se basa en la conjugación de dos causas: la expedición de ambiciosas cartas de derechos sumada a la intervención de jueces de marcada tendencia liberal — calificada por algunos como *activista*— darían como resultado la aparición de las sentencias estructurales. De acuerdo con esta justificación, al coincidir estos dos factores en un ordenamiento, solo sería cuestión de tiempo para que empezaran a germinar en él las primeras manifestaciones del amparo estructural.

---

<sup>324</sup> Al respecto, ver, entre otros, DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007; MCCANN, MICHAEL, Op. Cit.; ZEMANS, FRANCES, «Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System», en *The American Political Science Review*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 690-703; BURSTEIN, PAUL, «Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: The Struggle for Equal Employment Opportunity», en *American Journal of Sociology*, vol. 96, n.º 5, 1991, pp. 1201-1225.

Concluido el análisis de las objeciones que ha opuesto la doctrina respecto de la idea que afirma la mera promulgación de un catálogo de derechos es capaz de provocar un acontecimiento de estas proporciones, queda por examinar la validez del segundo pilar de esta explicación. No obstante, antes de emprender este estudio es forzoso aclarar un asunto preliminar. Si bien estos dos argumentos han sido presentados como razones complementarias —la aprobación de las cartas de derechos y el liderazgo de jueces activistas— por lo general, la adopción de una de estas dos posturas conlleva la negación de la otra. Dicho más claramente, quienes defienden la teoría de los derechos normalmente rechazan que la ideología de los jueces intervenga de algún modo en la adjudicación que estos llevan a cabo. De igual modo, los que afirman que las decisiones judiciales son producto de las preferencias políticas de los operadores jurídicos suelen descalificar el discurso que pregona el sometimiento a la ley y los derechos, pues, en su criterio, este únicamente sirve para encubrir la lógica real que los jueces siguen al expedir sus fallos.

No es difícil advertir la razón por la que se enfrentan los valedores de cada una de estas dos posturas: el triunfo de una de ellas supone, necesariamente, el desplome conceptual del planteamiento alternativo. Esto es así en la medida en que una decisión judicial no puede ser, al mismo tiempo, el resultado de la aplicación imparcial de la ley, así como también el fruto de la ideología o de la particular concepción de la moral y de la justicia que abraza quien la ha emitido.

Sin embargo, lo cierto es que estas dos posturas se entreveran en la *justificación tradicional* que, por lo regular, se ofrece para explicar la génesis del amparo estructural. En la medida en que las dos recogen los argumentos mayormente aceptados en torno a la expansión del Poder Judicial, suelen mezclarse sin reparar en las contradicciones que guarda tal combinación. Dichos desencuentros, según la mirada unificadora que lanza esta explicación, no serían verdaderamente insalvables, por lo que ambas podrían enlazarse en una misma teoría que brindaría una explicación razonable al origen del amparo estructural.

Esta postura ecléctica se nutre de la evidencia que surge al hacer un cálculo hipotético sobre cuál es el escenario más propicio para la aparición de las sentencias estructurales. El sentido común sugiere que las probabilidades de hallar fenómenos de esta clase son muchísimo más altas en los ordenamientos en los que concurren estas dos condiciones. De acuerdo con esta perspectiva, la presencia de una carta de derechos

reformista, por una parte, ofrecería un elemento objetivo que justificaría —y que, a su vez, tornaría en obligatoria— la realización de actuaciones como las que se vienen analizando. En segundo lugar, un terreno acondicionado de esta particular forma sería fácilmente aprovechado por jueces interesados en introducir cambios sociales. Ellos encontrarían en las aludidas cláusulas constitucionales instrumentos perfectamente adecuados para la proyección de sus preferencias políticas y morales en la sociedad. En ese sentido, las sentencias estructurales serían el fruto espontáneo de la articulación de estos dos elementos.

Concluido este comentario, se prosigue ahora con el análisis de la postura que afirma que las sentencias estructurales son el resultado —y, a la vez, un claro espejo— de la ideología de los jueces. La obra publicada por JEFFREY SEGAL Y HAROLD SPAETH<sup>325</sup> ofrece una exposición paradigmática de este razonamiento. En ella sostienen que los jueces resuelven las controversias que conocen a la luz de sus «actitudes ideológicas» y de sus valores personales<sup>326</sup>. En consecuencia, las decisiones judiciales no serían el resultado de una operación intelectual encaminada a discernir el significado correcto que ha de ser atribuido a las disposiciones que regulan los hechos de un litigio. Antes bien, serían el producto de los sesgos ideológicos y morales que condicionan el acercamiento de los operadores jurídicos a la realidad que debe ser juzgada por ellos.

SEGAL Y SPAETH declaran que esta situación se hace particularmente evidente en las decisiones aprobadas por la Corte Suprema de Justicia. En su caso —que sería plenamente homologable al de los Tribunales Constitucionales que emiten órdenes estructurales—, la posición excepcional en la que se encuentran sus magistrados les permite imponer sin mayores dificultades sus inclinaciones políticas. El hecho de no verse llamados a rendir cuentas ante la opinión pública, el Congreso o el Presidente, sumado a la singular estabilidad que tienen en sus cargos y a la ausencia de recursos judiciales que controlen las órdenes que emiten, les ofrece la oportunidad de fallar dando prelación a sus convicciones sobre el contenido genuino de las normas jurídicas.

---

<sup>325</sup> SEGAL, JEFFREY Y SPAETH, HAROLD, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

<sup>326</sup> Ídem, pp. 73.

En la obra en comento esta particular interpretación sobre el modo de proceder de los jueces recibe el nombre de *modelo actitudinal*<sup>327</sup>. Sobre la base que queda luego de la férrea crítica del dogma de la subordinación a la ley<sup>328</sup> —el cual es degradado al nivel de mito<sup>329</sup>— se erige la explicación que sostiene que el proceso de decisión judicial se desenvuelve en un ámbito subjetivo en el que únicamente incide el juez y al que solo de manera débil, y ciertamente distorsionada, accederían las directrices provenientes del derecho.

Para avanzar en la exposición de dicha postura es menester hacer referencia a las dos principales objeciones que esta plantea al modelo legal de adjudicación. La primera de ellas se dirige contra el principio del *significado pleno* sobre el que se apoyan las decisiones judiciales. Según este principio, los jueces derivan sus fallos del claro significado que tendría el lenguaje jurídico empleado en la redacción de las disposiciones. De tal manera, la única labor que ellos cumplirían consistiría en verter las

---

<sup>327</sup> Entre las obras que han adoptado esta misma perspectiva se encuentran SCHUBERT, GLENDON, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, Illinois, The Free Press, 1959; SCHUBERT, GLENDON, *The Judicial Mind Revisited*, Nueva York, Oxford University Press, 1964; ULMER, SIDNEY, «The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court», en *The Journal of Politics*, vol. 22, n.º 4, 1960, pp. 629-653; SPAETH, HAROLD, *An introduction to Supreme Court Decision Making*, San Francisco, Chandler Pub. Co., 1972.

<sup>328</sup> A juicio de SEGAL Y SPAETH, los presupuestos sobre las que se funda el *modelo legal* de adjudicación —que no es cosa distinta a lo que aquí se ha denominado la teoría de los derechos— son refutados por la práctica cotidiana de la administración de justicia. Esta enseña que es un hecho común el que los jueces resuelvan de modo distinto controversias jurídicas idénticas. A su vez, revela que en los tribunales son habituales los desacuerdos entre los magistrados, lo que se refleja en la permanente firma de votos particulares. Todo ello confirmaría que las autoridades judiciales no fallan ciñéndose al tenor de las disposiciones, sino con arreglo a los dictados impuestos por su ideología y su particular concepción del bien y de la justicia.

<sup>329</sup> *El mito del juzgamiento* es la expresión que emplean SEGAL Y SPAETH para aludir al principio de la dogmática jurídica según el cual los jueces fallan atendiendo únicamente a los parámetros establecidos en la ley. La creación de dicho mito estaría relacionada con la constatación del importante papel que los jueces desempeñan en la configuración de *la política* —y de las políticas— que afectan a los ciudadanos. Al respecto, en la obra en cuestión se lee lo siguiente: «En lo atinente a la decisión de asuntos de política general por parte del Poder Judicial y de la Corte Suprema, la mitología existe básicamente debido a que los jueces juegan a ser Dios con respecto a la vida, la libertad y la propiedad de las personas». El sistema debe ofrecer alguna justificación que legitime el que operadores jurídicos que no han sido elegidos por voto popular, y que además no están sometidos a ninguno de los canales habituales de rendición de cuentas, terminen por solventar controversias de la mayor importancia para una sociedad. Este sería el origen del *mito del juzgamiento*. Según esta *figuración*, al decidir los asuntos que conocen, los jueces no ejercerían discrecionalidad alguna. En sus fallos únicamente sería posible apreciar la voluntad del Legislador que ha promulgado la ley y la del pueblo que se ha dado su propia Constitución. Bajo este razonamiento se ha pretendido justificar que la palabra final en torno a cuestiones de alto contenido moral —como el aborto, la adopción por parte de parejas del mismo sexo y el consumo de drogas— y político —tal como ocurrió en el año 2000 con la intervención de la Corte Suprema en la elección de George Bush— sea pronunciada por el Poder Judicial.

consecuencias previstas por el ordenamiento a los casos propuestos por los ciudadanos en sus demandas. En ese sentido, la expresión *administrar justicia* reflejaría con total fidelidad el alcance del encargo que es ejecutado por los operadores jurídicos, el cual se limitaría, en exclusiva, a proveer las respuestas que, de manera transparente y anticipada, ha dispuesto el sistema.

Hoy por hoy no subsisten teorías que defiendan una visión semejante del derecho y del ejercicio de la función judicial. El excesivo simplismo de sus premisas hace que incluso quienes se adhieren en la actualidad al iuspositivismo rechacen una valoración tal del lenguaje jurídico<sup>330</sup>. Esto último es producto del consenso unánime que existe en la lingüística contemporánea en torno a la naturaleza abierta e indeterminada de los actos de comunicación humana<sup>331</sup>. Esta disciplina ha puesto en evidencia que la transmisión de mensajes es una actividad que está irremediabilmente condicionada por la interpretación de los receptores. De tal manera, ha desvelado también que la nitidez del lenguaje es un suceso verdaderamente infrecuente, cuando no una mera ficción.

En atención a que el derecho adolece de estos mismos defectos de vaguedad e imprecisión que son propios del lenguaje, pues el discurso jurídico no es más que una de sus tantas especies, los adversarios del modelo legal han denunciado que la hermenéutica no es una actividad epistemológica encauzada al esclarecimiento del significado de los textos normativos. Por el contrario, sostienen que la interpretación es un *acto creativo* que permite a los operadores jurídicos incidir en el significado que es finalmente atribuido a las disposiciones. Las creencias personales de los jueces, sumadas a las convicciones políticas a las que ellos adhieren, desempeñarían una función primordial en esta actividad de *elaboración jurisprudencial del derecho*.

De todo lo anterior se sigue que, al expedir sus fallos, los jueces no se limitarían a obedecer el tenor literal del derecho legislado. Este último no se muestra ante ellos

---

<sup>330</sup> Una muestra de lo anterior se encuentra en la obra de H.L.A. HART. Pese a que el concepto de derecho que propone ha sido inspirado por el positivismo jurídico, ello no le impidió al influyente jurista inglés reconocer la textura abierta del lenguaje jurídico. En su obra más difundida se puede leer lo siguiente: «Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que estos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una *textura abierta*». HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004, p. 159.

<sup>331</sup> Sobre el particular, DE SAUSSURE, FERDINAND, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada, 1945; CHOMSKY, NOAM, *Language and Mind*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1968; CHOMSKY, NOAM, *Reflexiones sobre el lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1979; COSERIU, EUGENIO, *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Madrid, Gredos, 1973.

como un objeto diáfano al que, según era el deseo de la codificación emprendida en tiempos de NAPOLEÓN, únicamente sería necesario encauzar hacia el caso concreto. Antes bien, es un acontecimiento ordinario que el derecho oculte más de lo que en realidad enseña: alude a conceptos imprecisos que deben ser llenados de contenido por sus intérpretes, ofrece reglas generales incapaces de comprender el piélago de casos posibles y regula situaciones de hecho que, tan pronto aparece la legislación, se transforman en realidades impensadas que deben ser enjuiciadas según arreglos que el devenir ha envejecido súbitamente.

Dicha situación resulta particularmente evidente en el caso de las disposiciones que reconocen derechos fundamentales, circunstancia que debe ser anotada con énfasis en la medida en que buena parte de los fallos estructurales se cimientan sobre estas normas. La ambigüedad y la indeterminación que son propias de estas cláusulas no tienen parangón en los ordenamientos, por lo que no parece razonable afirmar que la interpretación que se hace de ellas sea un ejercicio de exploración enderezado a determinar su *significado auténtico*. El surgimiento de figuras tales como el principio de proporcionalidad<sup>332</sup> y el método de la ponderación<sup>333</sup> demuestran que la aplicación de estas normas es, antes que una actividad próxima a la subsunción, una práctica de argumentación lógica que se encuentra sometida a precisos criterios de corrección<sup>334</sup>.

En suma, de acuerdo con esta primera objeción, el fundamento sobre el que se apoya el modelo legal, según el cual el lenguaje jurídico transmite a los jueces prescripciones claras a las que ellos nada añaden en el ejercicio de su función jurisdiccional, no sería más que una ilusión. Quienes obtendrían provecho de ella serían las propias autoridades judiciales y aquellos que consiguen un desarrollo jurisprudencial favorable a sus intereses gracias a la posición de dominio de la que disfrutan. Esto es así en la medida en que los fallos son presentados como deducciones lógicas e imparciales de la ley; a la vez que los triunfos conseguidos por los litigantes aparecen como

---

<sup>332</sup> JACKSON, VICKI, «Constitutional Law in an Age of Proportionality» en *The Yale Law Journal*, n.º 124, 2015, pp. 3095-3193; ALEXI, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007; BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

<sup>333</sup> BERNAL PULIDO, CARLOS, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009; ALEINIKOFF, THOMAS, «Constitutional Law in the Age of Balancing», en *Yale Law Journal*, n.º 96, 1987; BOROWSKI, MARTIN, «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 59, 2000, pp. 29-56.

<sup>334</sup> ALEXI, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

resultados legítimos que no han sido influenciados por las estrategias de litigio desplegadas o por la afinidad ideológica que pudiesen tener los operadores jurídicos frente a las demandas de alguna de las partes.

El segundo reparo en contra de esta explicación se ha dado a conocer como *el sinsentido del modelo legal de adjudicación*<sup>335</sup>. Se trata de un duro cuestionamiento que somete a debate la racionalidad de los fallos expedidos por los tribunales. Dicha crítica se basa en los estudios de los procesos de decisión colectiva que, mediante rigurosas pruebas matemáticas, han demostrado que la adopción de determinaciones por parte de órganos colegiados, salvo casos verdaderamente excepcionales, en los que las decisiones son aprobadas por unanimidad, acaba por desconocer alguno de los principios de la racionalidad o de la democracia<sup>336</sup>. Esto último sería consecuencia de las inevitables diferencias de criterio que se presentan dentro de tales corporaciones<sup>337</sup>.

Tomando como punto de partida los desacuerdos ideológicos y jurídicos que separan a los magistrados, esta objeción pone en evidencia la insalvable distancia que se abre entre el funcionamiento ideal de los tribunales y la manera en que, en la práctica,

---

<sup>335</sup> SEGAL Y SPAETH, Op. Cit., p. 62 y ss.

<sup>336</sup> Al respecto, ver ARROW, KENNETH, *Social Choice and Individual Values*, 2da. Ed., New Haven, Yale University Press, 1963; RIKER, WILLIAM, *Liberalism Against Populism*, San Francisco, W.H. Freeman, 1982, capítulo 5; EASTERBROOK, FRANK, «Ways of Criticizing the Court», en *Harvard Law Review*, n.º 95, 1982, pp. 802-832.

<sup>337</sup> Para ejemplificar esta situación, SEGAL Y SPAETH diseñaron el siguiente cuadro en el cual quedan representados los desacuerdos que ocurrirían en un tribunal hipotético en el que participan tres magistrados que abrazan concepciones divergentes del derecho.

Opciones	Juez 1	Juez 2	Juez 3
Opción 1	A	C	B
Opción 2	B	A	C
Opción 3	C	B	A

Tomado de SEGAL Y SPAETH, Op. Cit., p. 63.

En atención a que cada uno de ellos defendería como solución principal —opción 1— un arreglo que ninguno de sus colegas estaría dispuesto a respaldar debido a las aludidas diferencias, se verían abocados a concertar y a transigir a fin de llegar a un acuerdo que permita resolver el caso planteado. En dicha discusión acabarían por ser tenidas en cuenta las opciones secundarias y terciarias de los magistrados, las cuales, ciertamente, no expresarían con fidelidad su verdadero criterio. De lo anterior resulta que la conclusión a la que finalmente llegan, que es presentada luego como una deducción estrictamente jurídica, surgiría de un proceso de negociación en el que, al menos algunos, se ven obligados a ceder en sus posiciones hasta llegar a un acuerdo capaz de satisfacer a la mayoría.

estos adoptan sus decisiones. De acuerdo con la teoría —que coincide en esto con las expectativas que, por lo regular, se forman los ciudadanos sobre el modo en que los magistrados operan— los fallos emergerían del debate judicial como una *especie de verdad* que es desvelada gracias a la deliberación en la que participan los magistrados. Ellos asistirían a las sesiones con el propósito de exponer los argumentos que los han llevado a asumir una determinada postura y con la intención de persuadir a sus colegas sobre la validez de sus planteamientos. De igual manera, acudirían con una actitud de total apertura que permitiría que razones ajenas, siempre que fuesen más sólidas y consistentes que las propias, se abrieran paso en el tribunal hasta obtener el respaldo unánime de sus miembros. Dicho intercambio depuraría el sentido de las reflexiones propuestas y conduciría a que los magistrados eligiesen, de manera ineluctable, las decisiones más razonables y mejor adecuadas al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el modelo actitudinal demuestra que rara vez los magistrados proceden de acuerdo con tales expectativas. En vez de actuar como un *equipo* que persigue un objetivo común, cada miembro actúa de manera individual, buscando la manera de obtener la adhesión de los demás integrantes del tribunal. Según este planteamiento, los jueces obrarían con arreglo a las predicciones de la teoría de la elección racional, esto es, de manera interesada y persiguiendo la maximización de sus utilidades al menor costo posible.

De tal suerte, en lugar de escuchar de manera atenta y desprevénida los argumentos adversos, los magistrados se mostrarían renuentes a modificar sus posturas o a admitir la incorrección de las soluciones que han sugerido. En contra de los augurios hechos por el modelo ideal, no estarían dispuestos, por regla general, a rectificar de manera drástica sus opiniones iniciales. Lo anterior solo ocurriría en casos verdaderamente inusuales, que con dificultad podrían ser explicados con base en el poder de persuasión que supuestamente ejercería la deliberación colectiva. Tales modificaciones se comprenderían mejor al tomar en consideración los estímulos subjetivos que podrían mover a los jueces a respaldar una solución de la que discrepan, al menos, parcialmente<sup>338</sup>.

---

<sup>338</sup> Tal comportamiento podría deberse a la voluntad de respaldar una cierta mayoría que, si bien no los satisface plenamente, propone un arreglo que se ubica dentro del margen de soluciones que consideran razonables o admisibles. De otro lado, dicho respaldo podría ser explicado, sencillamente, debido al interés que podrían tener los jueces en asegurar el apoyo de sus colegas para futuras decisiones en las que sean ellos quienes requieran su voto.



En resumen, de acuerdo con esta objeción, el ejercicio de la función judicial por parte de órganos colegiados presentaría inocultables semejanzas con los métodos de decisión empleados por el poder legislativo. En ambos casos, la utilización de estrategias y la creación de alianzas serían prácticas comunes entre los actores que, en su calidad de sujetos racionales, perseguirían la más amplia satisfacción posible de sus intereses. La consecución de dicho objetivo se traduciría, en el caso de las corporaciones judiciales, en el triunfo de la particular concepción del derecho que acogen los magistrados, esto es, en el predominio de su ideología frente a las demás que profesan sus compañeros de oficio. De esto último se sigue, finalmente, que los fallos expedidos por los tribunales no contendrían reglas generales deducidas a partir de la confrontación de argumentos. Dicho en otros términos, ellos no serían el fruto de una *inteligencia común* que, al ser aplicada a un caso concreto, infiere de manera pacífica e imparcial conclusiones que, luego, son utilizadas para el arreglo de las controversias planteadas por los ciudadanos. En lugar de ello, las decisiones judiciales serían el reflejo de los puntos de equilibrio que, con mayor o menor dificultad, han hecho posible la conciliación de la mayoría de los intereses en pugna.

Una vez han sido expuestos los dos principales reparos que ha formulado el modelo actitudinal a lo que se ha denominado aquí como la *teoría de los derechos*, se pasa a explicar ahora la propuesta realizada por quienes sostienen que las sentencias estructurales son el resultado de la ideología de los jueces que participan en la aprobación de estos fallos.

De acuerdo con la postura defendida por SEGAL Y SPAETH, quienes han enfocado su estudio en el origen del activismo judicial en Norteamérica, la aprobación del primer fallo estructural —valga decir, de la sentencia *Brown vs. Board of Education*— al igual que el florecimiento de la enérgica transformación del derecho estadounidense que fue liderada por la Corte Warren, son acontecimientos que únicamente podrían ser explicados por el arribo de una mayoría de jueces liberales al alto tribunal.

Considerando que, a excepción de la Enmienda XIX que permitió el sufragio femenino en el país americano, no se introdujeron reformas constitucionales que pudieran haber desencadenado la aludida metamorfosis, la única explicación que queda apuntaría a la modificación de la tendencia ideológica de los magistrados. Esta interpretación se basa en que, en efecto, a mediados de la década de los años treinta la postura liberal, que hasta entonces solo había sido defendida por una modesta minoría,

se convirtió en la fuerza preponderante del Tribunal. Pocos años después, dicha posición habría de consolidarse gracias al nombramiento del juez WARREN como presidente de la Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, conviene señalar que la llegada de jueces progresistas no es el único factor que, de acuerdo con este razonamiento, habría producido el resultado en cuestión. Según dicho planteamiento, también habría incidido la decisión adoptada por el Congreso en la Ley Judicial de 1925, en virtud de la cual los magistrados de la Corte Suprema obtuvieron un control importante sobre los expedientes que son revisados por el alto tribunal. Desde entonces, ellos gozan de una amplia discrecionalidad para seleccionar los asuntos que han de ser sometidos a consideración de la Corte, esto les habría dado la posibilidad de elegir los casos conforme a sus preferencias ideológicas. En una palabra, la concesión de dicha competencia habría sido la oportunidad perfecta para elegir a su antojo las causas que fuesen más útiles para el desarrollo de la agenda liberal.

De conformidad con todo lo anterior, la aparición de las sentencias estructurales sería la réplica que opondrían jueces marcadamente politizados a los valores y a las prácticas que son fomentadas por el derecho y la política dominantes. Mediante su aprobación procurarían hacer valer la ideología que profesan, a la vez que intentarían introducir cambios sociales que, según su particular interpretación del texto constitucional, serían exigidos por el ordenamiento jurídico.

#### ***(4.2.3.) ¿Existen agendas políticas detrás de la aprobación de los fallos estructurales?: el realismo jurídico y los estudios críticos del derecho***

Al echar un vistazo sobre los ejemplos jurisprudenciales que fueron referidos en el capítulo I de esta investigación, no cuesta trabajo entender las razones por las que estos fallos han sido calificados como el resultado de determinadas ideologías. El proyecto de poner fin a la discriminación racial en el sistema educativo de un país en el que el racismo se encontraba profundamente arraigado en su cultura; el propósito de asegurar vivienda digna a los habitantes más necesitados de un territorio que ha padecido los rigores del *apartheid*; y la intención de ocuparse del desplazamiento forzado ocasionado por el conflicto armado interno más prolongado en la historia de América Latina no serían, a primera vista, empresas estrictamente jurídicas. De ahí que en el momento en

que dichos fallos fueron expedidos, un vasto sector de la sociedad y, claro está, de la comunidad jurídica haya censurado con vehemencia la expedición de estas decisiones. A juicio de sus detractores, la aprobación de tales sentencias no habría sido el resultado de la aplicación ecuaníme de las cláusulas constitucionales que ordenan la protección de los derechos de los ciudadanos. Tampoco serían una respuesta institucional encaminada a remediar la inactividad de las autoridades políticas encargadas de dar solución a estos problemas. Los fallos estructurales serían, por el contrario, la manifestación de las preferencias ideológicas de jueces y magistrados que, desoyendo las restricciones impuestas por el ordenamiento, se inmiscuirían en ámbitos de la política cuyo desarrollo únicamente corresponde a los órganos representativos<sup>339</sup>. Así pues, el señalamiento hecho por el modelo actitudinal sobre el verdadero origen de estas decisiones hace necesario volver sobre dicho asunto con mayor detenimiento.

Para empezar, es preciso indicar que los planteamientos centrales hechos por el modelo en cuestión tenían ya una larga historia dentro de la literatura especializada en el análisis de las decisiones judiciales. Tanto el realismo jurídico como los estudios críticos del derecho habían desvelado antes el papel que desempeñaría la ideología de los jueces en sus decisiones<sup>340</sup>. Ambas corrientes demostraron que el derecho, de acuerdo con la descripción hecha por JEROME FRANK, sería un objeto «incierto,

---

<sup>339</sup> Las objeciones planteadas por ROBERT BORK ejemplifican la crítica a la que aquí se hace referencia. En su opinión, este tipo de decisiones no solo carecerían de una fundamentación correcta y ajustada a derecho, sino que serían una amenaza para la democracia en la medida en que estarían institucionalizando ideologías que tendrían que ser sometidas a discusión dentro de los espacios de deliberación política. En ese sentido, los jueces que las suscriben estarían aprovechando la legitimidad formal que ofrece el ejercicio de la judicatura para imponer posturas que no han obtenido la adhesión de la ciudadanía. Lo anterior sería inadmisibles a la luz del modelo *madisoniano* de la democracia, según el cual la adopción de decisiones de semejante envergadura requeriría un amplio respaldo de las mayorías. BORK, ROBERT, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», en *Indiana Law Journal*, vol. 47, n.º 1, 1971, pp. 1-35.

<sup>340</sup> Tal como ha sido señalado por el propio DUNCAN KENNEDY, su teoría de la adjudicación —que es, sin lugar a dudas, uno de los productos más emblemáticos de la propuesta hecha por los estudios críticos del derecho— no es cosa distinta a una «extensión del proyecto del realismo jurídico». KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005, p. 28. No obstante, según ha sido advertido por GARCÍA VILLEGAS, es preciso anotar que los estudios críticos del derecho no son una suerte de *neorrealismo*, «en la medida en que el contenido de la crítica, el alcance político de sus postulados y el bagaje teórico a partir del cual diseña estos postulados se apartan sustancialmente de lo que fue el realismo». En este sentido, si se trata de establecer el parentesco que existe entre estas dos corrientes, sería más conveniente caracterizar a los estudios críticos del derecho como un movimiento *posrealista*. Al respecto, ver el estudio preliminar redactado por el autor en GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (Ed.) *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 9; TRUBEK, DAVID, «Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism», en *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36. N.º 1/2, pp. 575-622.

indefinido y sujeto a cambios impredecibles»<sup>341</sup>. Al hilo de esta caracterización, los jueces cumplirían un papel protagónico en el proceso de gestación y desarrollo del derecho. No serían, según esto, operadores jurídicos ciegos a la realidad que es alterada por sus decisiones. Del mismo modo, tampoco serían sujetos plenamente imparciales, dispuestos a disociar sus valores y su particular concepción de la justicia de los parámetros de enjuiciamiento que impondría el derecho.

Estos movimientos no solo revelaron la gran importancia que tienen las preferencias de los jueces al momento de cumplir la función que les ha sido encomendada. Adicionalmente, pusieron al descubierto el lugar primordial que ocupa la jurisprudencia en todos los ordenamientos jurídicos, incluso en aquellos que, como ocurre en el caso de los que hacen parte de la tradición continental europea, únicamente le asignan a esta un rol pretendidamente secundario.

La postura que, en términos generales, fue defendida por el realismo jurídico quedó inmortalizada en la sentencia pronunciada por OLIVER HOLMES, según la cual «las profecías de lo que van a hacer los tribunales, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por derecho»<sup>342</sup>. Más adelante, los estudios críticos del derecho emplearían esta definición como brújula que habría de orientar sus indagaciones en el terreno del comportamiento judicial. Sin embargo, esta corriente no se conformaría con los hallazgos que hasta entonces habían sido obtenidos siguiendo este camino<sup>343</sup>. Prontamente derivaron de los planteamientos del realismo implicaciones que llevaron a un punto todavía más extremo las acusaciones contra el formalismo y las teorías constructivistas que, a partir de la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días, han gozado de una amplia aprobación<sup>344</sup>. En el ámbito específico de las sentencias

---

<sup>341</sup> FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, 1949, p. 7.

<sup>342</sup> OLIVER, HOLMES, «The Path of the Law», en *Harvard Law Review*, vol. 10, n.º 8, 1897, pp. 457-478.

<sup>343</sup> Según la apretada síntesis propuesta por MARTHA MINOW, el programa de los estudios críticos se funda en los siguientes pilares: (i) cualquier conjunto de principios puede ser empleado para fundamentar resultados judiciales contradictorios; (ii) a pesar de la supuesta imparcialidad del derecho, los grupos económicos y de intereses buscan poner a su servicio el Poder Judicial, y con alarmante frecuencia consiguen dicho resultado; (iii) la cultura y la dogmática jurídicas rechazan las demandas y las construcciones teóricas que vayan en detrimento de los intereses dominantes; todo lo cual desemboca en (iv) la necesidad de promover el ingreso de «visiones sociales nuevas o previamente desfavorecidas» dentro del discurso del derecho. MINOW, MARTHA, «Law Turning Outward», en *Telos*, n.º 73, 1986, pp. 79-100, p. 84-85.

<sup>344</sup> Sobre el enfrentamiento entre las teorías constructivistas y las teorías críticas del derecho, se recomienda el estudio preliminar realizado por CÉSAR RODRÍGUEZ a la obra de DUNCAN KENNEDY: RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la

estructurales, interesa destacar que, de acuerdo con el razonamiento planteado por DUNCAN KENNEDY, estos fallos producirían un *efecto de conversión* en los ordenamientos jurídicos. La forma en que son presentados los fallos estructurales —valga decir, como el producto lógico y necesario de la aplicación de las disposiciones pertinentes— crearía en los ciudadanos y en los demás operadores jurídicos la convicción de que tales asuntos no podrían haber sido resueltos de un modo distinto. En otras palabras, la argumentación empleada por los tribunales, y la reiteración de esta jurisprudencia en casos posteriores, los persuadiría de que el amparo estructural es la respuesta más adecuada que ofrece el ordenamiento para solventar este tipo de controversias. Se difundiría, de tal suerte, la percepción del carácter jurídico de estos fallos, lo que modificaría la estructura interna de los propios sistemas jurídicos. Como consecuencia de ello, las sentencias estructurales perderían el matiz político que inicialmente tendrían y quedarían incorporadas —de manera pacífica y natural— dentro del repertorio de remedios judiciales disponibles para el arreglo de las violaciones de los derechos.

Para concluir este comentario, conviene hacer hincapié en la gran importancia que tiene el aludido efecto de conversión. De él depende que las innovaciones jurisprudenciales, bien sean de talante conservador o progresista, sean asimiladas, y luego reproducidas, por los ordenamientos jurídicos. Lo anterior permite ver que el rechazo inicial que suscita la aparición de las sentencias estructurales se debe, justamente, a que su irrupción desconoce prácticas consolidadas e interpretaciones que han conseguido afianzarse con el paso del tiempo. Según esto, las objeciones que se han formulado en su contra por la supuesta violación del principio de separación de poderes no reprocharían tanto la infracción de los preceptos que consagran este postulado, como la inobservancia de la interpretación dominante que se ha hecho de él. Así pues, hasta el momento en el que son asumidas —*fagocitadas*, si cabe el término— por la cultura jurídica, las sentencias estructurales desafían la tradición que ha logrado imponer una determinada concepción sobre el proceder del Poder Judicial. Una vez dicha incorporación ocurre, su presencia en el ordenamiento deja de ser problemática y pasan a convertirse en elementos integrantes de aquella tradición a la que alguna vez se enfrentaron.

---

neutralidad de los jueces: los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial», en KENNEDY, Op. Cit., pp. 19-88.

#### (4.2.4.) *Críticas al modelo actitudinal*

Una vez han sido expuestas las ideas centrales de la teoría que afirma el origen ideológico de los fallos estructurales, se prosigue con el análisis de algunos de los cuestionamientos más relevantes que se han propuesto en su contra. El primero de ellos, sin duda el más importante, se basa en la célebre investigación realizada por ROBERT DAHL a propósito de la labor *contramayoritaria* que, conforme a la teoría constitucional, ejercería el Poder Judicial<sup>345</sup>. Con base en el análisis de las decisiones expedidas por la Corte Suprema estadounidense, el autor somete a discusión el dogma según el cual los tribunales se enfrentarían a las mayorías con el propósito de amparar los derechos de quienes no cuentan con una representación política adecuada<sup>346</sup>. Entre las diferentes razones que aduce para cuestionar esta creencia, DAHL sostiene que las autoridades encargadas de seleccionar a los magistrados llevan a cabo dicha designación procurando que sus intereses no sufran mengua como resultado de la orientación ideológica de los magistrados. No sería razonable, de acuerdo con este planteamiento, esperar que los actores políticos que participan en esta selección declinen la oportunidad de elegir a un aliado para escoger, en nombre del etéreo interés general, una alternativa que pudiera obstaculizar sus proyectos o bloquear sus iniciativas legislativas. Así pues, en palabras del autor, no es realista suponer «que un tribunal cuyos miembros son elegidos de la manera en que son designados los jueces de la Corte Suprema, afirmaría normas de derechos y de justicia sustancialmente contrarias al resto de la élite política»<sup>347</sup>.

En el caso de las sentencias estructurales, lo anterior implica que quienes las aprueban no son *outsiders* que pretenden subvertir los cimientos del ordenamiento jurídico y de la economía. Personas con intenciones de esta naturaleza no podrían acceder a dichos cargos debido al riguroso escrutinio que se hace de la trayectoria

---

<sup>345</sup> DAHL, ROBERT, «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker», en *Journal of Public Law*, n.º 279, 1957, pp. 279-295.

<sup>346</sup> Una aguda crítica a las ideas planteadas por DAHL se encuentra en CASPER, JONATHAN, «The Supreme Court and National Policy Making», en *The American Political Science Review*, vol. 70, n.º 1, 1976, pp. 50-63.

<sup>347</sup> Ídem, p. 291.

profesional de quienes aspiran a ocuparlos<sup>348</sup>. En consecuencia, teniendo en cuenta que el perfil ideológico de los magistrados ha sido considerado muy seriamente al decidir su nombramiento, la acusación hecha contra los fallos estructurales por su alto contenido político perdería parte de su consistencia. El hecho de que estas sentencias sean aprobadas por tribunales que han sido conformados en las condiciones señaladas revela que no existe un desfase dramático entre los valores de la cultura jurídica dominante y aquellos que inspiran la aprobación de estas decisiones.

La historia del derecho constitucional registra varios ejemplos de la manera en que suelen resolverse las tensiones entre la política y la postura asumida por los tribunales encargados de ejercer el control judicial. Cuando el enfrentamiento entre una y otra se hace irreconciliable, lo ordinario es que la posición de estos últimos resulte sacrificada, de modo que la política prevaleciente pueda continuar su curso. Reformas legales y constitucionales encaminadas a desdecir la jurisprudencia; modificaciones estructurales orientadas a restringir la competencia de los tribunales; y el diseño de estrategias tendientes a modificar la composición de dichos órganos son las respuestas más usuales con las que reacciona la política cuando el Poder Judicial estorba sus propósitos<sup>349</sup>. No obstante, según se ha dicho, esta clase de réplicas únicamente se presenta en casos verdaderamente excepcionales<sup>350</sup>. Por regla general, el sistema asimila los cambios jurisprudenciales, aunque estos parezcan drásticos o trascendentales.

Pues bien, lo anterior demuestra que el aludido ingrediente ideológico que tendrían los fallos estructurales resulta compatible, al menos en un nivel básico, con la cultura jurídica de los ordenamientos que las han admitido y con los valores políticos sobre los que esta se erige. Si no existiera dicha concordancia, los fallos serían reversados mediante alguno de los procedimientos que acaban de ser referidos. En este orden de ideas, la *asimilación* de las sentencias estructurales revela que, antes de su expedición, existiría una suerte de *apertura o inclinación* que ha allanado el camino para su ingreso en el sistema. En consecuencia, las nuevas perspectivas introducidas por estos fallos no resultarían completamente ajenas a las tradiciones y a los principios de

---

<sup>348</sup> Sobre la importancia de la ideología profesada por los candidatos a magistrados durante los procesos de selección, ver NEMACHECK, CHRISTINE, «Selecting Justice: Strategy and Uncertainty in Choosing Supreme Court Nominees», en MCGUIRE, KEVIN (ed.), *New directions in Judicial Politics*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 3-20.

<sup>349</sup> DAHL, Op. Cit.

<sup>350</sup> CASPER, Op. Cit.

los ordenamientos. Con base en todo lo dicho, se deduce que el móvil ideológico que impulsaría la expedición de estas decisiones, suponiendo que efectivamente existe, no aporta nada que no estuviera ya en ellos en forma de *potencia*.

En ese sentido, el hecho de que sean acogidas de este modo por el sistema deja ver que la mencionada *orientación* de estas sentencias se ciñe a la ideología que prevalece en el discurso jurídico<sup>351</sup>. Así pues, la anterior constatación conduce a cualquiera de las dos siguientes conclusiones, las cuales rematan, cada una a su manera, la discusión en torno a este asunto: los fallos estructurales no tendrían, según todo lo dicho, la carga política que algunos les atribuyen pues, si la tuvieran, serían rechazados por los sistemas jurídicos; o bien, esta sería irrelevante en la medida en que, al ajustarse a los valores incorporados por los ordenamientos, el que su origen estuviera asociado a alguna particular concepción del derecho o de la justicia no sería más que un dato anecdótico.

Un segundo comentario —en realidad, se trata de una crítica— a propósito de la raíz ideológica que tendrían estos fallos se basa en el análisis realizado por CHARLES EPP en torno a la jurisprudencia estadounidense sobre el derecho a la igualdad de las mujeres<sup>352</sup>. Según el autor, la experiencia norteamericana en este campo enseña las razones por las que no es adecuado explicar estas transformaciones planteando como único argumento los cambios de la ideología predominante en los tribunales. EPP demuestra que el comienzo de la transformación de la jurisprudencia en este ámbito solo se dio «hasta que los liberales perdieron el control de la Corte, en 1969»<sup>353</sup>. Dicho

---

<sup>351</sup> En la obra *The Politics of Rights*, SCHEINGOLD realiza un agudo análisis que pone en evidencia las razones por las cuales es necesario tener presente que el constitucionalismo es, aún en la actualidad, una ideología. Esta aclaración es relevante en la medida en que los estudios de teoría constitucional únicamente hacen referencia a esta característica al examinar el proceso de evolución histórica por el que esta corriente se abrió camino hasta imponerse como modelo de organización del poder político. En ese sentido, el constitucionalismo únicamente es tratado como ideología cuando es contrapuesto al absolutismo que combatió en el tiempo de las revoluciones liberales. Sin embargo, esta perspectiva se diluye cuando dicho estudio pasa a ocuparse de la estructura y del funcionamiento de las organizaciones que han acogido sus principios. A partir de este punto tales postulados se convierten en dogmas, de ahí que se pierda de vista que, aún hoy, tengan una carga política y una motivación ideológica que resultan innegables. En suma, SCHEINGOLD sostiene que el constitucionalismo es una ideología en la medida en que —tal como lo hacen las demás corrientes que comparten con él esta caracterización— refleja concepciones culturales, brinda a las personas razones para apoyar sus cometidos, fomenta el desarrollo de proyectos políticos y coordina las actividades de quienes se adhieren a él. SCHEINGOLD, STUART, Op. Cit.

<sup>352</sup> EPP, Op. Cit., p. 40-43.

<sup>353</sup> Ídem. En efecto, en el año 1969 la mayoría liberal que había predominado en la Corte fue desarticulada como consecuencia del retiro de los jueces WARREN Y FORTAS. En su lugar fueron



de un modo que resalta lo paradójico de la situación, las defensoras de esta causa tuvieron que aguardar la llegada de la Corte Burger, reconocida en todas las demás materias por ser un tribunal abiertamente conservador, para obtener las conquistas que la *corriente progresista* les había negado<sup>354</sup>.

Las primeras señales de cambio llegaron con la aprobación del fallo *Reed vs. Reed* en el año de 1971, suscrito dos años después del retiro del juez WARREN. En aquella ocasión la Corte debía determinar si una norma del código de sucesiones del estado de Idaho, que concedía prelación a los hombres sobre las mujeres para ocupar el cargo de albacea, se ajustaba a la cláusula de protección a la igualdad. Mediante el voto unánime de sus magistrados, la Corte declaró que «establecer una prioridad obligatoria a favor de los miembros de un sexo sobre los miembros del otro, simplemente para lograr la eliminación de las audiencias sobre el fondo, es incurrir justamente en el tipo de elección arbitraria que ha sido proscrita por la cláusula de igual protección de la Enmienda XIV»<sup>355</sup>. Con esta decisión inició un importante capítulo de la jurisprudencia norteamericana durante el cual las mujeres obtuvieron importantes victorias que han servido para menguar la discriminación que han padecido históricamente. La conquista más significativa que fue alcanzada en esta época vendría dos años después con la firma del fallo *Roe vs. Wade*<sup>356</sup>.

En lo que atañe a la presente investigación, resulta muy llamativo que este adelanto jurisprudencial se haya producido después de la disolución de la mayoría liberal capitaneada por el juez WARREN. El que esta transformación haya sido

---

designados por el presidente Nixon los jueces BURGER Y BLACKMUN, quienes inclinaron la balanza política de la Corte hacia el lado conservador.

<sup>354</sup> La sentencia *Hoyt vs. Florida* retrata la postura que fue asumida por la Corte Warren sobre el particular. En dicha ocasión el tribunal declaró por unanimidad la constitucionalidad de un estatuto que limitaba la participación de las mujeres en los jurados del sistema judicial de la Florida. La norma en cuestión disponía que, a menos que ellas solicitaran de manera expresa su inclusión en tales listados, no deberían ser convocadas para tomar parte en esta labor. En opinión de la totalidad de los magistrados, dicha estipulación encontraba respaldo en una *clasificación plenamente razonable*. En atención a que las mujeres «aún son consideradas como el centro del hogar y de la vida doméstica», la decisión de eximir las de este deber no desconocería la cláusula de protección a la igualdad. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 20 de noviembre de 1961, caso 368 U.S. 57 (1961), asunto *Hoyt vs. Florida*.

<sup>355</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 22 de noviembre de 1971, caso 404 U.S. 71 (1971), asunto *Reed vs. Reed*.

<sup>356</sup> Se trata de la afamada sentencia que permitió a las mujeres abortar libremente durante el primer trimestre de su embarazo. En dicho fallo, la Corte manifestó que la posibilidad de tomar esta decisión se encuentra amparada en el ordenamiento norteamericano por el derecho a la intimidad [*right to privacy*] consagrado en la, tantas veces citada, Enmienda XIV. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 22 de enero de 1973, caso 410 U.S. 113 (1973), asunto *Roe vs. Wade*.

acometida por un tribunal conservador plantea serios cuestionamientos sobre las teorías que pretenden explicar las grandes mutaciones de la jurisprudencia, entre las que se encuentra el amparo estructural de los derechos, con base en la orientación ideológica de los magistrados.

Esta paradójica situación, que se repitió de un modo idéntico en el caso del derecho a la educación<sup>357</sup>, pone en evidencia las razones por las cuales no es acertado explicar el comportamiento de los jueces únicamente con base en su ideología. Si bien este factor influye de manera notable en la decisión de ciertos asuntos —especialmente en aquellos que tienen profundas implicaciones morales y políticas— los jueces no viven en una revisión permanente de sus convicciones ideológicas para resolver cada una de las controversias que conocen. Las restricciones propias de su oficio, tales como la congestión judicial, el control que es realizado por las instancias superiores y el deseo de obtener ascenso en el escalafón judicial, entre otros muchos condicionamientos, les impide proceder de esta forma. Basta pensar en la enorme carga de trabajo que se impondría a sí mismo un juez que resolviera fallar todos los casos según su ideología, en vez de dar aplicación a los precedentes y a las normas de derecho escrito que le ofrecen una solución preestablecida a la que solo tendría que adherirse. Aun el juez más comprometido con sus convicciones desea disfrutar de su tiempo libre y cumplir de una manera eficiente, esto es, con el menor esfuerzo posible, la labor que le ha sido encomendada. De ahí que, a la larga, acabe por reservar este esfuerzo para casos verdaderamente excepcionales en los que encuentre justificada la dedicación de un mayor empeño.

En los demás litigios es previsible que utilice los criterios tradicionales de enjuiciamiento que le ofrece el ordenamiento jurídico. Al actuar de este modo, estaría dejando de lado sus convicciones personales para acoger, en lugar de ellas, un conjunto

---

<sup>357</sup> En la interesante obra publicada por REBELL Y BLOCK, a propósito de la transformación de la política pública educativa gracias a la aparición de las sentencias estructurales, los autores manifiestan lo siguiente: «La mayoría de la Corte Suprema bajo la presidencia del juez BURGER es, sin lugar a dudas, más conservadora en muchas áreas en comparación con su predecesora, la cual estuvo bajo la dirección del juez WARREN. Sin embargo, la Corte Burger ha profundizado el desarrollo de novedosos caminos legales abiertos por los precedentes de la Corte Warren, y ha abierto ella misma nuevas áreas para la participación de los jueces en el ámbito de la educación». REBELL, MICHAEL Y BLOCK, ARTHUR, *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*, Chicago, University of Chicago Press, 1982. En esta misma dirección, ver GELFAND, DAVID, «The Burger Court and the New Federalism: Preliminary Reflections on the Roles of Local Government Actors in the Political Dramas of the 1980's», en *Boston College Law Review*, vol. 21, n.º 4, 1980, pp. 763-850.

de reglas y principios que harían de sus fallos decisiones imparciales y objetivas<sup>358</sup>. Es por ello que las versiones más recientes del realismo jurídico reconocen que *el legalismo* —fórmula empleada para aludir al acatamiento de las directrices jurídicas mayoritarias— es uno de los factores que inciden con gran eficacia en el comportamiento de los jueces<sup>359</sup>.

#### **(4.2.5.) El juez en «el mercado laboral»**

Con fundamento en estas razones, y en otras tantas cuyo estudio nos apartaría del objeto de nuestra investigación, se ha descartado que la ideología sea el único móvil que determine las decisiones de los jueces. Tal como lo ilustra el esclarecedor símil propuesto por EPSTEIN y sus colegas, afirmar una dependencia semejante sería tanto como sostener que el único criterio que tienen en cuenta los empleados para elegir su trabajo es la remuneración que han de recibir<sup>360</sup>. Si bien el salario es un argumento de peso que influye al tomar una decisión de este tipo, lo cierto es que este no es el único parámetro que tiene en cuenta quien debe elegir entre varias alternativas laborales. En dicha escogencia inciden motivos que no son estrictamente pecuniarios, tales como el reconocimiento social que ofrece el cargo, la satisfacción personal que suministra, la cantidad de tiempo que demanda, la oportunidad de obtener experiencia profesional, entre otros incentivos. El valor concreto que tenga alguno de estos criterios para el

---

<sup>358</sup> Reiterando una idea que había sido planteada antes por DUNCAN KENNEDY, EDWARD RUBIN advierte que la existencia de un amplio consenso sobre la manera en que debe ser resuelto un caso no implica que los jueces que fallen según dicho acuerdo no estén obrando con arreglo a una ideología. En este sentido, si los jueces afirman que el 90% de los casos que conocen no suscitan dudas en cuanto a la forma en que deben ser resueltos, por lo que serían decididos al margen de sus convicciones personales, ello únicamente significaría que ellos «comparten una ideología que determina el 90% de los casos». En estos términos, incluso en aquellas decisiones en las que el juez actúa convencido de la neutralidad de su proceder, estaría obrando de acuerdo con los dictados de una ideología. El hecho de que no sea consciente de lo anterior únicamente demostraría la sofisticación con la que la ideología habría logrado permear la cultura jurídica, disimulando así sus ribetes políticos. RUBIN, EDWARD, «The Real Formalists, the Real Realists, and What They Tell Us about Judicial Decision and Legal Education», en *Michigan Law Review*, vol. 109, n.º 863, 2011, pp. 863-882.

<sup>359</sup> EPSTEIN, LEE, LANDES, WILLIAM Y POSNER, RICHARD, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

<sup>360</sup> Los autores proponen un interesante modelo de explicación del comportamiento judicial en el que el juez es comparado con un trabajador que desea incorporarse al mercado laboral. Según este planteamiento, su proceder puede ser explicado por el influjo de las restricciones y de los incentivos que recibe tanto de factores externos como internos. Como ocurre en este tipo de mercados, se asume que su conducta es autointeresada y que persigue la más eficiente satisfacción de sus propósitos. EPSTEIN, LANDES Y POSNER, Op. Cit.

empleado que enfrenta dicha decisión puede llevarlo a escoger una opción diferente a aquella que le ofrecería una mayor remuneración.

Pues bien, en los términos de esta sugerente comparación, los jueces enfrentarían un conjunto de circunstancias similares a la hora de resolver un litigio. Pese a la innegable influencia que ejerce su ideología, no es razonable esperar que en todos los casos esta vaya a prevalecer sobre los demás motivos que conducen a soluciones distintas. En consecuencia, no es insólito que en ocasiones los jueces actúen en contra de las tendencias ideológicas que abrazan o que, debido a su comportamiento errático, sea difícil establecer cuáles son sus preferencias en la materia. Según lo han puesto de presente EPSTEIN, LANDES Y POSNER, en estas decisiones influyen, además de la ideología, «el legalismo, el pragmatismo, la estrategia y la aversión al esfuerzo»<sup>361</sup>. El peso específico de cada uno de estos factores habrá de variar dependiendo del juez. A su vez, dicho orden de preferencias estará condicionado por elementos subjetivos, tales como la personalidad, el temperamento, la formación académica, la influencia ideológica, las experiencias personales y profesionales, entre otros tantos elementos. En suma, si bien es preciso reconocer el valor de las indagaciones que han cuestionado *el mito de los derechos* mediante el descubrimiento del papel que cumple la ideología en estos asuntos, no es apropiado caracterizar a los jueces como *políticos con toga*.

Al volver sobre el caso específico de los fallos estructurales, las consideraciones planteadas hasta ahora adquieren un sentido particular. Esto es así debido a que estas sentencias son la muestra más emblemática, y probablemente también la más extrema, del activismo judicial. Es por ello que la explicación tradicional ha atribuido su aparición en los ordenamientos al arribo a los tribunales de jueces de una marcada tendencia ideológica. Y es que efectivamente, según esta investigación, dicha orientación desempeña un papel trascendental en la aprobación de estos fallos, particularmente de aquellos que introducen por vez primera las sentencias estructurales en un sistema jurídico. En este último caso, es habitual que los jueces adopten cierta postura que tome distancia del formalismo jurídico.

Sin embargo, esto no quiere decir que dicho factor sea la causa primordial, ni mucho menos la única, que determine el surgimiento de las sentencias estructurales. Para empezar, conviene señalar que la aludida dosis de distanciamiento del formalismo

---

<sup>361</sup> Ídem, p. 47.

jurídico puede provenir de causas diferentes a la adhesión a un cierto ideario político. La formación académica que los jueces han recibido, por ejemplo, es un elemento que puede influir de manera decisiva en el criterio que ellos tienen sobre la manera en que estas controversias deben ser resueltas. Es más probable que quien haya sido educado bajo la tradición constitucional europea tienda a objetar este tipo de decisiones, en comparación con los que han sido instruidos de acuerdo con los parámetros de la cultura jurídica norteamericana. Esta diferencia es fácil de comprender, pues mientras que en un caso el operador jurídico se encuentra relativamente familiarizado con estas intervenciones; en el otro, tales manifestaciones resultan extrañas y difícilmente compatibles con los principios que orientan el quehacer judicial. Naturalmente, esto no quiere decir que dicha formación condicione de manera forzosa la orientación ideológica de los jueces, por el contrario, sencillamente demuestra que el juicio que se forman los operadores jurídicos sobre los fallos estructurales no depende en exclusiva de su filiación política. De ahí que puedan existir magistrados liberales, comprometidos con el discurso de los derechos, que desapruében el involucramiento del Poder Judicial en ámbitos de la política. Del mismo modo, es posible dar con jueces conservadores que respalden en ciertos casos este proceder, tal como ocurrió con la mayoría de los jueces de la Corte Burger en los aludidos casos de los derechos a la igualdad de las mujeres y a la educación.

Así pues, la ideología de los jueces puede facilitar, precipitar o diferir el surgimiento del amparo estructural de los derechos. Pero en ningún caso es una condición suficiente para provocar su aparición, así como tampoco para contener su desarrollo. Coexisten con ella otras circunstancias que influyen en su desenvolvimiento. Algunas de ellas allanan el camino para que las preferencias ideológicas se manifiesten en algún sentido, bien sea a favor o en contra de los fallos estructurales; mientras que otras restringen dicha posibilidad. Empero, según se ha sugerido hasta ahora, también se encuentran condiciones que nada tienen que ver con la orientación ideológica de los jueces. Se trata, por el contrario, de razones que los mueven a obrar atendiendo motivos de distinta índole, en los cuales la ideología que profesan no representa papel alguno.

Para aclarar la postura que se plantea sobre este tema en esta investigación es oportuno señalar ahora las dos causas que, a juicio del autor, predominan entre los factores que concurren en el surgimiento del amparo estructural: la movilización legal realizada por quienes sufren la violación de sus derechos y por las organizaciones

sociales que respaldan estas reclamaciones y la existencia de una cultura jurídica propicia para el involucramiento de los jueces en ámbitos tradicionalmente reservados a la política. Sin la presencia de alguna de estas causas es altamente improbable que este fenómeno consiga desenvolverse en un sistema jurídico.

#### ***(4.2.6.) Condiciones complementarias que inciden en el surgimiento de los fallos estructurales***

Para identificar dichas causas secundarias se emplea la expresión *condiciones complementarias*. Según se ha dicho, ellas pueden simplificar u obstruir la construcción de acuerdos en torno a estas decisiones. Sin embargo, no son capaces de crear por su cuenta el entorno que es requerido para la aprobación de las sentencias estructurales. Antes de comentar algunas de ellas, es necesario reiterar que el grado de incidencia que cada una tiene depende de elementos subjetivos del juez y de las circunstancias particulares que rodean al caso concreto y al tribunal. De ahí que no sea posible clasificarlas siguiendo un orden de prelación que permita anticipar cuáles ejercen una mayor persuasión sobre los operadores jurídicos.

La existencia de una relación razonablemente fluida entre el tribunal y los destinatarios de las órdenes estructurales es una condición complementaria de gran importancia. Si bien existen tensiones que resultan ineludibles —pero que, desde otra perspectiva, son igualmente deseables— los magistrados tienen un claro interés en mantener con las autoridades representativas una interacción que fomente la realización de sus objetivos. Entre ellos sobresale la aspiración de asegurar el adecuado cumplimiento de las decisiones que expiden. Así pues, al evaluar la posibilidad de aprobar un fallo estructural, los jueces tienen en cuenta la situación en que se encuentra dicha relación. En el supuesto en que no exista entre ellos un vínculo de coordinación, es previsible que las sentencias estructurales sean desatendidas. En los casos más graves, no es descartable que los destinatarios de dichas órdenes decidan reversarlas a través de los medios que tienen a su alcance.

En consecuencia, las sentencias estructurales no suelen ser aprobadas en entornos en los que sean acogidas con hostilidad. Los jueces que las expiden son particularmente conscientes de la gran visibilidad que estas tienen y del enorme interés que despiertan en el mundo jurídico y político. De ahí que solo sean emitidas cuando la amenaza de

encarar una reacción adversa sea remota o cuando dispongan de los medios requeridos para enderezar la actitud renuente de las autoridades<sup>362</sup>.

El reconocimiento y la valoración que se haga de estos fallos en el ámbito jurídico es otra condición complementaria que desempeña un importante papel en la aprobación de estos fallos. Si bien se espera que los jueces resuelvan sus asuntos de manera independiente, lo que implica que deberían obrar al margen de cualquier presión externa, lo cierto es que para ellos resulta primordial la forma en que son apreciadas sus decisiones en la comunidad jurídica. Les interesa que sus sentencias sean recibidas con beneplácito y que, como consecuencia de ello, se incremente el prestigio profesional que cultivan mediante el ejercicio de la judicatura. En ese sentido, la aprobación de una sentencia estructural puede aparecer ante ellos como una oportunidad para adquirir renombre en dicha comunidad, o bien, de intuir que no será bien acogida, como un acto de imprudencia que podría amenazar su reputación profesional.

Una tercera condición complementaria es la carga de trabajo que supone la aprobación de un fallo estructural. La expedición de estas órdenes acarrea un esfuerzo excepcionalmente alto, en especial si el tribunal decide conservar la jurisdicción para vigilar su cumplimiento. En estos términos, la aversión al esfuerzo es el contraincentivo que tendría que ser remontado para dar comienzo a estas intervenciones<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> Si el tribunal mantiene una relación de confianza con los órganos representativos, tal como ocurrió en los casos de la Corte Constitucional sudafricana que fueron reseñados, es presumible que aquel habrá de inclinarse por la aprobación de fallos declarativos o, en menor medida, por sentencias dialógicas. De lo contrario, si juzga que la voluntad política requerida para su ejecución es incierta, es altamente probable que opte por la utilización de fallos unidireccionales.

<sup>363</sup> En razón de lo anterior es poco probable que un tribunal que presente una alta congestión judicial decida embarcarse en una empresa de esta naturaleza. Sin embargo, algunos tribunales han manifestado que las sentencias estructurales son un instrumento eficaz para conseguir la descongestión de los despachos judiciales. Tal es la opinión de la Corte Constitucional colombiana. Uno de los argumentos fundamentales sobre los que ha basado la realización de estas intervenciones es, precisamente, la urgencia de contener la cascada de demandas que son interpuestas por los ciudadanos. En la sentencia T-153 de 1998, en la que se pronunció sobre la violación de los derechos de un alarmante número de presos hacinados en las cárceles del país, la Corte declaró lo siguiente: «En estas condiciones, la Corte ha considerado que dado que miles de personas se encuentran en igual situación y que si todas acudieran a la tutela podrían congestionar de manera innecesaria la administración de justicia, lo más indicado es dictar órdenes a las instituciones oficiales competentes con el fin de que pongan en acción sus facultades para eliminar ese estado de cosas inconstitucional». Seis años después, en la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, el Tribunal colombiano reiteró que la necesidad de conjurar la congestión judicial es una de las razones fundamentales que autorizan la expedición de los fallos estructurales. Sobre la intervención estructural realizada en el ámbito penitenciario, ver OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVAN, «Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia», en BAZÁN, VÍCTOR, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales*, Bogotá, D.C., Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 91-116.

Antes de proseguir con el estudio de los dos elementos primordiales que realizan una contribución causal definitiva en la materia, es pertinente hacer un último comentario para concluir este apartado. El amparo estructural es provocado por un abanico de causas mucho más extenso que el que ha sido esbozado en estas líneas. Otras tantas condiciones complementarias que no han sido mencionadas aquí inciden en el juicio de los magistrados, inclinando hacia un lado u otro la balanza que decide la suerte de las controversias judiciales. Empezando por motivos puramente psicológicos, como aquellos que nacen de la afinidad personal que en ocasiones experimentan los jueces por quienes acuden ante los estrados judiciales, hasta motivaciones más abstractas, como las que tienen que ver con el diseño institucional del poder público; todo ello influye en la manera en que los tribunales pergeñan los remedios con los que proyectan poner fin a estos litigios.

Pese al enorme interés que despierta el estudio de cada una de estas causas, es preciso abstenerse de realizar un análisis más profundo y minucioso del tema. De continuar dicho examen, acabaríamos por adentrarnos de lleno en el vasto campo de la teoría de la decisión judicial. Esto último no solo resulta innecesario para comprender el origen de las sentencias estructurales, sino que podría desviar esta investigación de su objeto de estudio. Basta con la breve mención que se ha hecho de algunas condiciones complementarias para que se comprenda con claridad la idea que se ha querido transmitir en estas líneas: el amparo estructural de los derechos no es un fenómeno que aflore debido a la acción de un único elemento. Su eclosión depende de la convergencia de distintos factores que obran tanto en el fuero interno del juez como en el cuerpo colectivo que conforman los magistrados de un tribunal.

Todos estos elementos se entrelazan hasta crear un ambiente que resulta más o menos propicio para la aparición de los fallos estructurales. Sin embargo, solo dos de ellos son verdaderamente imprescindibles: la existencia de una cultura jurídica favorable a un alto grado de injerencia del Poder Judicial en la vida política de un país y la presencia de una activa movilización legal y social encaminada a obtener la protección de los derechos. Adecuadamente mezclados, estos dos elementos procuran la fuerza de ignición que es requerida para el surgimiento del amparo estructural. Sin ellos es virtualmente imposible que de los ordenamientos emerjan actuaciones de este talante. Por ello no es adecuado incluirlos en el conjunto de factores que han sido analizados hasta este punto.



### ***(4.3.) La explicación compleja***

En su momento se advirtió que la principal diferencia entre las explicaciones tradicional y compleja sobre el origen del amparo estructural se encuentra en la importancia que cada una asigna al papel que representan los jueces. Mientras la explicación tradicional les otorga un rol protagónico, la segunda pone en tela de juicio el hecho de que los operadores jurídicos puedan decidir a su antojo la aprobación de tales decisiones. De acuerdo con este último planteamiento, no basta con que ellos tengan la intención de poner en marcha estos proyectos de intervención judicial para que, en efecto, puedan ser llevados a la práctica. Es preciso que en el ordenamiento jurídico se encuentren reunidas ciertas circunstancias sobre las que ellos no ejercen un control directo. Dicho razonamiento resulta particularmente sugerente en la medida en que pone en evidencia las restricciones extranormativas que encuentran los jueces en el cumplimiento de su labor.

La primera causa que desencadenaría este proceso es la movilización legal y social que es llevada a cabo por quienes sufren la violación de sus derechos. Tradicionalmente, cuando se procura establecer cuáles son las condiciones que determinan el proceder de los jueces, no se suele reconocer mayor importancia a la influencia que ejercen los ciudadanos que acuden a los estrados judiciales. Para la dogmática jurídica, las demandas y los recursos que son interpuestos ante el Poder Judicial únicamente ponen en marcha y mantienen en movimiento el engranaje de la administración de justicia. Bajo esta mirada, su participación se limitaría a proporcionar los insumos de los que dependen el inicio y el impulso de los procesos judiciales<sup>364</sup>.

Según se ha dicho, la congestión judicial, la aversión al esfuerzo y la urgencia de fallar del modo más eficiente posible concederían a los demandantes habituales la posibilidad de moldear la jurisprudencia a través de la exposición estratégica de sus argumentos. Dicho de otro modo, de acuerdo con el planteamiento hecho por GALANTER, debido a la acción de estos factores, la evolución del derecho dependería en

---

<sup>364</sup> Al hilo de este planteamiento, la función que desempeñarían los sujetos procesales sería meramente promotora: mediante sus denuncias y demandas pondrían en conocimiento de los jueces las infracciones del derecho de las que han sido víctimas. Una vez trabada la litis, a través de las intervenciones subsiguientes, las partes suministrarían las pruebas y los argumentos con los que esperan inclinar a su favor la balanza que decide estos procesos. Los jueces, por su parte, atenderían dicho intercambio, tomando prudente distancia de él, a fin de extraer con objetividad los elementos que encuentren útiles y pertinentes para emitir el veredicto de rigor.

gran medida de las *alternativas de adelanto* propuestas por las partes. Los jueces no tendrían, en la mayoría de las veces, el tiempo ni la disposición requerida para concebir avances de esta naturaleza, de modo que buena parte de las innovaciones jurisprudenciales que realizan habrían sido sugeridas antes por los litigantes.

Según fue señalado en su momento, es preciso reiterar que no todos los sujetos procesales se hallarían en condiciones de arriesgar este tipo de maniobras con el fin de obtener modificaciones favorables a sus intereses. El proceso de maduración de toda idea reformadora es un asunto que toma tiempo, de ahí que no baste con presentar una única vez un argumento para que se produzca el viraje jurisprudencial que se persigue. Aun las razones más lúcidas y contundentes requieren un momento de decantación, que en raras ocasiones resulta breve, para que obre su poder de persuasión.

Salvo muy contadas excepciones, quienes se presentan ante los estrados judiciales no pueden permitirse el lujo de perder los pleitos en los que toman parte. Esta afirmación es ratificada por el limitado número de veces en las que un ciudadano ordinario se ve abocado a atender este tipo de llamados judiciales. Debido a ello, y a que por lo general pone mucho en juego en las resultas de estos procesos, suele optar por una actitud conservadora que minimiza los riesgos existentes y que eleva, de tal suerte, las probabilidades de éxito que le ofrece el ordenamiento. Así pues, en vez de perseguir la introducción de modificaciones jurisprudenciales que serían muy provechosas para quienes en el futuro pudieran encontrarse en su situación, lo habitual es que prefiera asir los argumentos de los que ya dispone, incluso cuando estos no proporcionen un desenlace que sea del todo satisfactorio. Como consecuencia de ello, y de los demás motivos que fueron analizados anteriormente, solo los demandantes habituales que cuentan con recursos suficientes podrían emplear las estrategias de litigio a las que se ha hecho alusión. Únicamente ellos —*los que tienen*, según la expresión utilizada por GALANTER— conseguirían exponer sus argumentos ante los tribunales hasta conseguir cambios favorables a sus intereses.

Pues bien, la explicación compleja justifica el origen de las sentencias estructurales en las anteriores razones. Con arreglo a esta formulación, su eclosión en los ordenamientos requeriría en todos los casos una intensa movilización legal. Dicha actividad cumpliría los siguientes objetivos: en primer lugar, aseguraría el reconocimiento unánime del derecho cuya tutela se pretende. Esta labor es de gran importancia, ya que si no hay un acuerdo general en torno a su existencia dentro de la

comunidad jurídica, no sería razonable esperar que los tribunales pasaran de dicha incertidumbre a la súbita imposición de órdenes estructurales para su protección<sup>365</sup>. Y en segundo término, la realización de una intensa campaña de reivindicación judicial del derecho infringido persuadiría a los jueces de la necesidad de adoptar medidas estructurales a fin de resolver las causas que provocan la violación sistemática de los derechos.

En estos términos, la argumentación que ofrece la explicación compleja arranca desde un punto de partida elemental: los jueces no son enteramente libres para configurar su agenda<sup>366</sup>. Pese a que en buena parte de los ordenamientos en los que se presenta el amparo estructural los tribunales cuentan con la facultad de seleccionar los asuntos que han de ser tratados en sus fallos<sup>367</sup>, lo cierto es que ninguno de ellos goza de

---

<sup>365</sup> Una clara muestra de ello se encuentra en el ordenamiento indio. Según lo dispuesto en la Constitución promulgada en el año 1950, los derechos económicos, sociales y culturales son *principios rectores de la política estatal*, cuyo cumplimiento no podría ser exigido ante los tribunales (art. 37). Pese a lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Suprema de la India sostiene en la actualidad que buena parte de ellos se encuentran reconocidos de manera implícita en otros derechos respecto de los cuales no hay duda sobre su exigibilidad judicial. La sentencia *Francis Coralie Mullin vs. The Administrator*, aprobada en el año de 1981, enseña con precisión la postura que prevalece hoy en día en el tribunal: «El derecho a la vida humana incluye el derecho a vivir con dignidad humana y todo lo que eso implica, es decir, tener satisfechas las necesidades básicas de la vida como una nutrición adecuada, vestido, alojamiento y lugares donde leer, vivir y expresarse de diversas formas». El afianzamiento de este argumento en el sistema jurídico no solo ha permitido la reclamación judicial de los derechos sociales, sino que se ha convertido en uno de los pilares de las sentencias estructurales que han dado fama a la Corte Suprema del país asiático. Al respecto, ver AUSTIN, GRANVILLE, *Working in a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2000; AUSTIN, GRANVILLE, *The Indian Constitution: Cornerstone of A Nation: Cornerstone of A Nation*, Oxford, Clarendon Press, 1966; MURALIDHAR, S., «India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales», en LANGFORD, Op. Cit., pp. 181-210.

<sup>366</sup> EPP, Op. Cit.

<sup>367</sup> Anteriormente se hizo referencia a la aprobación de la Ley Judicial de 1925 [*Judiciary act of 1925* (43 Stat. 936)] con el propósito de resaltar el amplio margen de maniobra atribuido a la Corte Suprema estadounidense para definir los casos que han de ser resueltos por ella. Dicha ley, también conocida como *The Judge's Bill*, restringió de manera muy rigurosa la posibilidad de interponer recursos de apelación, que antes debían ser tramitados de manera automática, ante el alto tribunal. Gracias a esta reforma, tales solicitudes deben ser presentadas en la actualidad mediante una *petición de certiorari* y su aprobación depende del voto afirmativo de, por lo menos, cuatro de los nueve magistrados de la Corte. La expedición de esta ley consiguió descongestionar de forma eficaz el Tribunal y, a excepción de ciertos asuntos que deben ser fallados de manera obligatoria por ser de jurisdicción federal, otorgó a los magistrados un amplio poder de disposición sobre su agenda. Al respecto, ver STERNBERG, JONATHAN, «Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court», en *The Journal of Supreme Court History*, vol. 33, marzo, pp. 1-16; PERRY, H.W., *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1991. La Corte Constitucional colombiana, de otro lado, cuenta también con una amplísima discrecionalidad para definir los asuntos en torno a los cuales se desarrolla su jurisprudencia. Solo un pequeño porcentaje de sus fallos son expedidos en ejercicio de los controles previo y automático de constitucionalidad que establece la carta colombiana. Únicamente en estos casos la Corte se encuentra obligada a abocar el conocimiento de dichos procesos. En los demás casos, valga decir, en las demandas de inconstitucionalidad y en las acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos, el alto tribunal selecciona los casos que ha de resolver sin tener que motivar estas decisiones. Solamente cuando se trata de demandas de inconstitucionalidad, el magistrado

una discrecionalidad absoluta para decidir los temas que se incluyen en el orden del día. Además de las cuestiones que, por mandato de la ley o de la Constitución, deben ser tramitadas de manera forzosa, los tribunales se encuentran condicionados por el contenido de las pretensiones argüidas en los procesos. Dicho de modo más simple, los jueces únicamente pueden pronunciarse sobre los temas propuestos por las partes, de ahí que la aparición de los fallos estructurales dependa en gran medida de las controversias que estas formulen.

Así planteada, la anterior consideración luce como una obviedad: que la jurisprudencia en el ámbito del derecho ambiental, por ejemplo, únicamente pueda germinar si existen demandas que permitan derivar este tipo de responsabilidad, es apenas evidente. Pese a ello, la explicación tradicional y la mayoría de los estudios jurídicos dedicados al análisis de la jurisprudencia no incluyen como variable la influencia ejercida por los litigantes en el desarrollo de esta.

De acuerdo con los argumentos planteados por la explicación compleja, al indagar en los antecedentes más remotos de las sentencias estructurales encontraríamos que el primer paso en esta dirección habría sido, justamente, la reivindicación judicial de los derechos.

El segundo principio de la explicación compleja se basa en las restricciones económicas que impone el sistema judicial a la reivindicación de los derechos: para que una situación como las que dan lugar a la aprobación de un fallo estructural llame la atención del Poder Judicial, es necesario que una reclamación masiva y estratégica del derecho infringido sea llevada a cabo. La ejecución exitosa de una empresa semejante supone la realización de un esfuerzo económico e institucional que está más allá de la capacidad de los litigantes, individualmente considerados. Por tal motivo, resulta imprescindible que dicha movilización legal cuente con la orientación y el respaldo de una red de apoyo que se ocupe de estos asuntos.

#### ***(4.3.1.) Las «estructuras de sostén»***

---

encargado de decidir la admisión del recurso debe registrar las razones por las cuales estima que no es posible adelantar el juicio requerido. Al respecto, ver Julio Estrada, Alexei, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003.

CHARLES EPP emplea la expresión *estructura de sostén* para hacer referencia al entramado de organizaciones y personas cuya colaboración es requerida para que el aludido plan de litigio consiga desencadenar una *revolución de los derechos*. Según la exposición hecha por el autor, dichas estructuras se conforman de acuerdo con los tres requerimientos fundamentales que deben ser atendidos para la consecución del fin que se procura: (i) apoyo legal, (ii) respaldo financiero y (iii) patrocinio de organizaciones capaces de impulsar campañas de este tipo.

En primer lugar, es preciso contar con un servicio de asesoría legal que se encargue de fraguar la estrategia jurídica que ha de ser empleada. No basta, según este argumento, con la presencia de abogados que se conformen con realizar el trabajo inicial, consistente en redactar las demandas y los memoriales que van a ser presentados ante los juzgados, para dar comienzo a los litigios. Es necesario que, además de ello, los defensores acompañen a los demandantes en el curso de los procesos. De no hacerlo se corre el riesgo de que las razones esgrimidas en tales recursos, aunque tuviesen la mayor contundencia teórica, zozobren en los meandros por los que discurren tales procedimientos. En ese sentido, es menester que la representación judicial ofrecida a los demandantes sea llevada a cabo de la mejor manera posible, de modo que argumentos de índole meramente procesal no impidan a los jueces emitir pronunciamientos sobre el fondo de las pretensiones.

Naturalmente, este tipo de representación genera grandes costos que deben ser sufragados de algún modo. Si bien las estructuras de sostén se benefician de la labor voluntaria de personas que desean contribuir de manera desinteresada, un plan de estas dimensiones no puede erigirse sobre la base de un trabajo al que, por el hecho de ser gratuito, no es posible exigir continuidad y éxito en sus cometidos.

La anterior reflexión nos conduce al segundo elemento sobre el que se apuntalan las estructuras de sostén. Se hace referencia a las fuentes de financiación que son requeridas para que la estrategia de litigio prospere en su objetivo de llevar estos casos a los más altos tribunales de un ordenamiento. Para conseguir este objetivo no es suficiente contratar a profesionales del derecho que lleven a cabo un trabajo adecuado.

Es preciso contar con recursos económicos que permitan atender todas las contingencias que surgen en el curso de un proceso judicial<sup>368</sup>.

Por otra parte, es necesario recordar que la vasta mayoría de quienes solicitan la protección de sus derechos en las circunstancias que han sido descritas en esta investigación se encuentran en una muy precaria situación económica. Como consecuencia de ello, las estructuras de sostén deben acometer un esfuerzo particularmente intenso para lograr que las aludidas barreras económicas no disuadan a los demandantes de reclamar la protección de sus derechos.

En condiciones ordinarias, la mayor parte de estas personas hubiera sido incapaz de trasladar estas controversias a los estrados. Más aún, cuesta pensar que para alguien que se encuentre en una situación semejante, los recursos judiciales puedan ser considerados mecanismos eficaces para combatir adversidades de este tipo<sup>369</sup>. Sin embargo, lo cierto es que las demandas arribaron a los juzgados y que este hecho desencadenó, a la larga, la aprobación de las sentencias estructurales. Conforme a la explicación propuesta por EPP, este resultado no hubiera sido posible sin el apoyo ofrecido por las estructuras de sostén. Dicho respaldo sería imprescindible, no solo para allanar el arduo camino que deben transitar las controversias hasta llegar a los altos tribunales, sino para que se produzca la elemental interposición de estas demandas ante los juzgados de instancia. Sin este auspicio, tales cuestiones sencillamente no serían planteadas ante el Poder Judicial, por lo que los ciudadanos tendrían que encontrar la manera de resolverlas por su propia cuenta, fuera del ámbito de la administración de justicia.

Para concluir este comentario a propósito de la financiación de las estructuras de sostén conviene hacer una observación final en torno al origen de esta. De acuerdo con

---

<sup>368</sup> Se alude a los gastos derivados de la revisión permanente de la evolución del procedimiento, al pago de los derechos arancelarios, a los honorarios de los peritos, a los derechos de los procuradores, a las sumas que deben ser destinadas a la publicación de anuncios y edictos, a la constitución de depósitos para la presentación de recursos, entre otros tantos gastos que deben ser previstos.

<sup>369</sup> De acuerdo con el modelo económico acogido en los países en los que se presenta el amparo estructural, los ciudadanos son los primeros responsables de asegurar la satisfacción de sus necesidades existenciales. El Estado, en la mayoría de las veces como consecuencia de la consagración de la cláusula del Estado Social de Derecho, se encuentra llamado a asistirlos cuando no están en condiciones de resolverlas mediante sus propios recursos. Empero, esta colaboración no los descarga de la indeclinable responsabilidad que el aludido modelo ha impuesto a los ciudadanos. De ahí que la interposición de recursos judiciales no se muestre, en principio, como una herramienta adecuada para la solución de problemas que son engendrados por la pobreza y la inequitativa concentración de la riqueza.

la investigación realizada por EPP, que se encuentra fuertemente influenciada por la experiencia norteamericana<sup>370</sup>, las estructuras obtendrían sus recursos de dos fuentes: del erario público y de las donaciones voluntarias hechas por los particulares. En efecto, en los dos ejemplos que fueron examinados en *La revolución de los derechos*, valga decir, en las campañas a favor de los derechos civiles y de la igualdad de las mujeres, el respaldo económico provino tanto del Estado, el cual intervino, principalmente, a través del Departamento de Justicia, como de ciudadanos y organizaciones privadas interesadas en patrocinar estas causas.

A estas dos fuentes de financiación es preciso añadir una tercera que ha adquirido una importancia superlativa en el curso de los años recientes. Se trata de la contribución realizada por terceros Estados y por organizaciones particulares interesadas en respaldar la reivindicación de derechos en otros países. En conjunto, estos dos aportes se engloban dentro del género de la cooperación internacional<sup>371</sup>. Gracias a dicha aportación, que ha favorecido principalmente a las sociedades que hacen parte de lo que se ha dado a conocer como el *Sur Global*, han sucedido profundas reformas que han afectado tanto la estructura del Poder Judicial como las prácticas asociadas a la administración de justicia<sup>372</sup>.

Esta reflexión final conduce al tercer y último elemento que hace parte de las estructuras de sostén. Se trata de la presencia de organizaciones que asumen como tarea la reivindicación de los derechos de los grupos sociales marginados. Con todo lo que se

---

<sup>370</sup> Debido a este motivo, GAURI Y BRINKS han advertido que la investigación conducida por EPP no podría ser ampliada a ordenamientos distintos al norteamericano. Al respecto, ver GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL, «Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights», en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL, (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

<sup>371</sup> Como lo apunta RODRÍGUEZ GARAVITO, la cooperación internacional ofrecida para la difusión del modelo del Estado de Derecho y para la introducción de profundas reformas en el Poder Judicial de países en transiciones democráticas es uno de los rasgos más sobresalientes del fenómeno de la globalización en el ámbito del derecho constitucional. En la investigación realizada por el autor se encuentra un interesante análisis sobre los dos modelos que han inspirado este proyecto transnacional: el neoconstitucionalismo y el neoliberalismo. RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *La globalización del Estado de Derecho*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes, 2009.

<sup>372</sup> Dentro del primer conjunto de modificaciones se cuentan, entre otras, la creación de Tribunales Constitucionales, la implantación de modelos de justicia basados en la oralidad y la ampliación y el fortalecimiento de la estructura de la rama judicial. El segundo grupo de reformas, por su parte, ha apuntado al robustecimiento de aquellas condiciones que, pese al hecho de ser ajenas al andamiaje del Poder Judicial, influyen de manera decisiva en los resultados conseguidos por este poder. Dentro de las medidas adoptadas con este propósito es preciso destacar la subvención de las estructuras de sostén. Merced a estos aportes tales asociaciones obtienen la mayor parte de los recursos que requieren para el cumplimiento de los objetivos que se han trazado.

ha sido dicho hasta ahora, queda muy poco por añadir al respecto. Es preciso destacar, sin embargo, que la mayoría de ellas suele constituirse bajo la forma jurídica de las organizaciones no gubernamentales y que aquello que recibe el nombre de estructura de sostén no es cosa distinta a aquella suerte de sistema que, por lo general, de un modo tácito, produce la acción colectiva de estas asociaciones.

***(4.3.1.1.) El papel de las estructuras de sostén en la aprobación de Brown vs. Board of Education***

Una vez concluida la presentación de las piezas que se articulan en las estructuras de sostén, es preciso observar la manera como la puesta en marcha de este engranaje daría lugar a la aparición de los fallos estructurales. La obra de EPP, si bien centra su atención en la creación jurisprudencial de derechos y no tanto en la injerencia de los tribunales en las políticas públicas, enseña cómo se despliegan estos argumentos en la explicación de tales fenómenos. Contrariando las razones esgrimidas por la explicación tradicional, el autor sostiene que el radical giro realizado por la Corte Warren ocurrió gracias al trabajo de las estructuras de sostén y no únicamente debido al viraje ideológico que se había producido en el Tribunal tras el arribo de la mayoría liberal. Si bien admite que este último cambio de orientación facilitó el desenlace indicado, EPP afirma que sin la labor de tales organizaciones las demandas no hubieran sido interpuestas ni conducidas hasta la Corte Suprema. La falta de los insumos requeridos para el desarrollo de una agenda liberal hubiese obligado a los magistrados, a pesar de sus convicciones ideológicas y de la supuesta determinación que tendrían para reformar la jurisprudencia, a continuar resolviendo los litigios civiles y comerciales que hasta entonces venían ocupando a la Corte.

La historia que precedió la aprobación del primer fallo estructural en los Estados Unidos, *Brown vs. Board of Education*, confirmaría las conjeturas del autor. Mientras que en el año 1933 los procesos relacionados con el ejercicio de derechos y libertades representaban apenas un 9% de los casos planteados a la Corte Suprema, en 1971 dicha cifra ascendió a un porcentaje del 65%. EPP demuestra que este cambio se fue ejecutando de manera progresiva, incluso antes de que los jueces liberales llegaran al alto tribunal. Pese a que el nombramiento de esta mayoría solo ocurrió hasta el año 1937, la modificación de la agenda empezó a fraguarse durante la Primera Guerra



Mundial. Desde aquella época, cuando la ideología conservadora contaba con una clara prevalencia entre los miembros de la Corte, los juzgados y los tribunales del país presenciaron una oleada de demandas que pretendían obtener la protección de las libertades individuales. De tal manera, a pesar de que los miembros de la Corte no eran particularmente adeptos a estas reclamaciones, se vieron obligados a resolverlas y a ocuparse del desarrollo jurisprudencial de estos asuntos.

En opinión del autor, la influencia ejercida por las estructuras de sostén sería incontestable: «no es exagerado decir que la historia temprana de la agenda de la Corte Suprema sobre derechos y libertades civiles es en gran medida la historia de los esfuerzos estratégicos de organizaciones de derechos y libertades civiles orientados a influir en la Corte»<sup>373</sup>. En efecto, el viraje acometido por la jurisprudencia norteamericana coincidió con el surgimiento de estas organizaciones y con la labor de litigio, tanto masivo como estratégico, que llevaron a cabo. Desde principios del siglo XX aparecieron asociaciones cuyo propósito central consistía en respaldar las demandas de cambio social que exigían la erradicación de la discriminación racial de la sociedad estadounidense. Entre ellas es preciso destacar a la Asociación para el Progreso de las Personas de Color, conocida como NAACP por sus siglas en inglés, creada en el año 1909<sup>374</sup>. Desde su creación, la NAACP ha utilizado el litigio estratégico como herramienta para la consecución de sus objetivos, a la vez que ha establecido diversos fondos para la financiación de sus actividades. En el año 1942, por otra parte, fue fundado en la ciudad de Chicago el Congreso para la Igualdad Racial, CORE, por sus siglas en inglés, el cual aplicó los principios de resistencia pacífica empleados por Gandhi con el propósito de conjurar el racismo en el Estado norteamericano<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> EPP, Op. Cit., pp. 53-54.

<sup>374</sup> En la carta de principios de la organización consta que fue constituida «para promover la igualdad de derechos y para erradicar los prejuicios de casta y raza entre los ciudadanos de los Estados Unidos. Para avanzar el interés de los ciudadanos de color, para asegurarles un sufragio imparcial, y aumentar sus oportunidades para asegurar la justicia en los tribunales, educación para los niños, empleo según su capacidad y completa igualdad ante la ley».

<sup>375</sup> ROSENBERG ha llamado la atención sobre la importante contribución hecha por dos organizaciones sociales creadas con posterioridad a la aprobación de *Brown*. Se trata de la Conferencia del Sur de Liderazgo Cristiano, fundada el 10 de enero de 1957 por MARTIN LUTHER KING, y del Comité Coordinador de Estudiantes No Violentos, constituido en el año 1960. Según se observa más adelante, la aparición de estas asociaciones revelaría que el involucramiento de la Corte Suprema a través del fallo en cuestión no habría conseguido la erradicación de la segregación racial que pretendía el alto tribunal. ROSENBERG, Op. Cit., p. 107-157.

De manera paralela, otras organizaciones con fines análogos aparecieron en el ámbito social y jurídico estadounidense. En el año 1920 fue creada la Unión Estadounidense por las Libertades Civiles, ACLU, por sus siglas en inglés, que procura «defender y preservar los derechos y las libertades individuales garantizadas a todas las personas por la Constitución y la ley de los Estados Unidos». Desde su fundación, la asociación ha financiado y brindado asesoría legal a personas que requieren la tutela de sus derechos fundamentales. En el cumplimiento de esta labor ha prestado especial atención a los extranjeros, sindicalistas, mujeres y afrodescendientes.

De igual modo, en aquella época fue fundado el Congreso Judío Estadounidense, organización que realizó una intensa labor de litigio encaminada a asegurar la protección de los derechos de los ciudadanos de origen hebreo en los Estados Unidos. Por último, la Iglesia de los Testigos de Jehová adelantó entonces una campaña similar con el fin de vindicar las labores de evangelización y prédica realizadas por sus fieles, en cuyo caso, los promotores de tales causas reclamaban la protección judicial de los derechos a la libertad de expresión, de culto y de asociación.

De acuerdo con el argumento propuesto por EPP, la enérgica reivindicación de derechos llevada a cabo por dichas estructuras de sostén habría renovado la agenda de la Corte Suprema de Justicia. Al conducir estas controversias a los estrados judiciales y al ocuparse de su llegada al alto tribunal, habrían impuesto a este último la carga de pronunciarse sobre las denuncias contenidas en las demandas y a tomar partido frente a las reformas propuestas en ellas por los abogados. El volumen ascendente que fueron adquiriendo estos requerimientos, la persistencia con la que enfrentaron las derrotas que ya habían sido previstas, la amplia difusión con la que aprovecharon los primeros triunfos y los rendimientos que supieron sacar de la opinión ciudadana que empezaba a pesar sobre el Poder Judicial, habrían llevado a los jueces a inclinar la balanza de la justicia a favor de estas demandas. Según lo dicho, el entorno social y jurídico creado por la labor minuciosa de las estructuras de sostén habría impuesto a los jueces la adopción de medidas todavía más audaces para remediar las graves violaciones de derechos que subsistían.

Tal es el camino que, a juicio del autor, habría conducido a los tribunales estadounidenses a la aprobación de los fallos estructurales. El primero, y a la vez el más célebre de ellos, *Brown vs. Board of Education*, habría sido, entonces, el resultado de un esfuerzo colectivo dirigido a embridar a la Corte de forma que la única alternativa que

podiese seguir fuera la adopción de una postura de resuelta defensa a favor de la población afrodescendiente. Según el relato hecho por TUSHNET<sup>376</sup>, poco después de su fundación, la NAACP empezó a recoger los primeros frutos del plan de litigio pergeñado por la organización. En el año 1915 la Corte Suprema derogó la *cláusula de los ancestros, o de tercera generación*, que había sido incluida en las Constituciones de varios estados sureños con el fin de evitar que los afrodescendientes pudieran ejercer el derecho al voto<sup>377</sup>. En 1917, la Corte intervino para corregir la discriminación racial practicada por las autoridades estatales a fin de mantener la división que separaba a los barrios ocupados por blancos de aquellos habitados por la población negra<sup>378</sup>. En 1927, el alto tribunal anuló una ley promulgada en el estado de Texas que prohibía a los afrodescendientes participar en las elecciones primarias del partido demócrata<sup>379</sup>. En síntesis, los precedentes jurisprudenciales establecidos gracias a dicha labor de litigio, a lo cual se sumó la intensa presión política proveniente del respaldo ciudadano a favor de los derechos civiles, habrían preparado, como quien urde un destino irremediable, la aprobación de *Brown*.

La expedición de este fallo no podría desligarse de las demás sentencias que provocaron en esta época un vuelco radical de la jurisprudencia norteamericana en materia de derechos y que, ciertamente, marcaron un capítulo de la historia del derecho constitucional. Detrás de todas estas sentencias sería posible descubrir el laborioso esfuerzo realizado por las organizaciones que financiaron y apoyaron estas demandas,

---

<sup>376</sup> TUSHNET, MARK, Op. Cit., 1987.

<sup>377</sup> Las disposiciones declaradas inconstitucionales establecían una restricción que en apariencia afectaba por igual a todos los ciudadanos de los estados involucrados. Para participar como votante en los comicios celebrados en sus territorios se exigía superar unas pruebas de lectoescritura que eran practicadas sin consideración de la raza de las personas. Sin embargo, la aludida cláusula de los ancestros exoneraba de este examen a quienes fueran nietos de personas que hubieran podido votar antes de la guerra civil. Dado que en aquel tiempo los afrodescendientes estaban sometidos al yugo de la esclavitud, por lo que no podían votar, la excepción únicamente favorecía a los descendientes de personas blancas. De tal suerte, debido a los altísimos niveles de analfabetismo existentes, estas normas conseguían excluir a la población negra del ejercicio del derecho al sufragio y, en cambio, favorecían la situación de los blancos analfabetas. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 21 de junio de 1915, caso 238 U.S. 347, asunto *Frank Guinn and J. J. Beal vs. United States*.

<sup>378</sup> En esa ocasión la Corte expulsó del ordenamiento un estatuto de la ciudad de Louisville, Kentucky, que prohibía la venta de bienes raíces a afrodescendientes. La decisión se fundamentó en la Enmienda XIV que consagra el principio de la libertad contractual. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 5 de noviembre de 1917, caso 245 U.S. 60, asunto *Buchanan vs. Warley*.

<sup>379</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 7 de marzo de 1927, caso 273 U.S. 536, asunto *L.A. Nixon vs. C.C. Herndon and another, Judges of Elections*. Es preciso anotar que la presentación jurisprudencial que acaba de hacerse se basa en la investigación conducida por EPP en su obra varias veces citada.

sin las cuales no se habría producido esta *revolución de los derechos*. El ánimo con el que emprendieron este proyecto quedó retratado en la célebre novela estadounidense *Matar a un ruiseñor*, redactada por HARPER LEE poco después de la aprobación de *Brown*. En ella uno de sus personajes, el trágico héroe ATTICUS FINCH, es llevado ante un jurado que se dispone a condenar a un hombre únicamente por las sospechas que despierta entre sus miembros el color de su piel. Al concluir la defensa presentada ante dicha instancia, ATTICUS declara:

*Hay una cosa en este país ante la cual todos los hombres son iguales; hay una institución humana que hace a un pobre el igual de un Rockefeller, a un estúpido el igual de un Einstein, y a un ignorante el igual de un director de colegio. Esta institución, caballeros, es un tribunal. Puede ser la Corte Suprema de los Estados Unidos, o el juzgado más humilde del país, o este honorable tribunal que ustedes componen. Nuestros tribunales tienen sus defectos, como los tienen todas las instituciones humanas, pero en este país nuestros tribunales son los grandes niveladores, y para nuestros tribunales todos los hombres han nacido iguales.*

Es este el aliento que animó a quienes persiguieron en los tribunales la protección de los derechos de la población afrodescendiente. En los jueces y en los magistrados creyeron hallar *niveladores* capaces de corregir con sus sentencias la segregación racial que ha conservado la pertinaz historia norteamericana: según el plan proyectado, las demandas de justicia persuadirían a los tribunales de la validez de sus reclamos; las sentencias comunicarían a los ciudadanos la urgencia del cambio; y la sociedad, atenta a estos asuntos, cumpliría con presteza dichos requerimientos. Tales son las esperanzas que depositan en la administración de justicia quienes recurren a ella, procurando la realización de transformaciones sociales. En breve se indagará si este proceder reporta los resultados que esperan quienes se inclinan por esta alternativa.

#### ***(4.3.1.2.) La eliminación de las barreras de acceso a la administración de justicia***

Una vez concluida la presentación del primer elemento de la explicación compleja, es conveniente formular algunas observaciones en torno a su efectividad para la aparición de los fallos estructurales. Sin lugar a dudas, el aporte que ofrecen las estructuras de sostén resulta trascendental cuando en un ordenamiento existen obstáculos, bien sean formales o informales, que dificultan la reivindicación de los

derechos: si el sistema exige el acompañamiento de un abogado para la presentación de las demandas, si las peticiones judiciales deben ser respaldadas por pólizas que aseguren la seriedad de los pleitos y si el tiempo que toman los jueces para emitir las sentencias resulta muy prolongado, entre otros tantos reveses que pueden encontrar los reclamantes, es altamente improbable que las controversias consigan abrirse camino hasta los tribunales que podrían expedir un fallo estructural. Al no tener apoyo de las estructuras de sostén, parte importante de las reclamaciones no serían interpuestas, lo que, a su vez, disminuiría la intensidad de la presión que a largo plazo obliga al Poder Judicial a expedir fallos que contengan el desmesurado flujo de demandas. En resumen, en los ordenamientos que establecen restricciones de este tipo, el apoyo que prestan las organizaciones en cuestión es imprescindible.

Sin embargo, esto último no ocurre en los sistemas jurídicos que han removido las barreras que dificultan el acceso a la justicia a los ciudadanos. En la medida en que en ellos se fomenta la utilización de los recursos judiciales (ofreciendo a quienes carecen de medios económicos defensores *ad honorem*, permitiendo la tramitación de ciertos asuntos sin apoderado judicial e introduciendo arreglos procesales inspirados en los principios de celeridad, informalidad y gratuidad del servicio) el aporte de las estructuras de sostén pierde la importancia que tiene en otros ordenamientos. Dado que las personas no precisan con tanta urgencia del respaldo económico ni de la orientación legal que ofrecen estas organizaciones, ellas mismas se encuentran en condiciones de tramitar estos procesos y de establecer un intercambio directo con las autoridades judiciales.

De tal suerte, en estos ordenamientos las sentencias estructurales no son necesariamente el producto de la labor efectuada por las estructuras de sostén, sino de la acumulación espontánea de las reclamaciones elevadas por los ciudadanos. El indispensable flujo de demandas del que depende la aprobación de estos fallos, tanto para desarrollar hasta el punto requerido la jurisprudencia como para ejercer una presión suficiente sobre los tribunales, brotaría como una respuesta espontánea a la violación generalizada de los derechos. Dicha reacción, siempre que se encuentren aseguradas las referidas condiciones de acceso a la justicia, habría de desencadenarse sin que fuese necesaria la presencia de las aludidas organizaciones.

Las dos sentencias estructurales expedidas por la Corte Constitucional colombiana comentadas en este trabajo son una prueba de lo anterior<sup>380</sup>. Ambas decisiones fueron el resultado de la presión creada por una avalancha de acciones de tutela interpuestas por cientos de personas que reclamaron la protección de sus derechos fundamentales sin el apoyo de ninguna estructura de sostén. Esta oleada de demandas se produjo debido al singular diseño que el ordenamiento latinoamericano ha dispuesto para la tramitación de su recurso de amparo: la acción en comento puede ser interpuesta por cualquier persona, sin necesidad de contar con un apoderado judicial, para reclamar la protección de estos derechos ante las autoridades judiciales. En un término máximo de diez días, y bajo el estricto mandato de conceder prevalencia al derecho sustancial sobre las formas procesales, los jueces y magistrados se encuentran obligados a resolver las controversias planteadas por los ciudadanos<sup>381</sup>. La informalidad de la acción y las amplias facultades otorgadas a los operadores jurídicos para su trámite han impulsado a los colombianos a demandar por esta vía la protección de sus derechos en los más diversos ámbitos, lo que ha traído como consecuencia una intensa judicialización de la política en el ordenamiento<sup>382</sup>.

En el caso específico de la sentencia T-025 de 2004, la misma Corte Constitucional subrayó que el protuberante número de acciones de tutela interpuestas por la población desplazada delataba la necesidad de adoptar medidas excepcionales para conjurar la crisis<sup>383</sup>. El alcance de la presión ejercida mediante este alud de

---

<sup>380</sup> Se habla de las sentencias T-025 de 2004, en la que el tribunal pretendió remediar la situación en que se encuentran millones de personas que son víctimas de desplazamiento forzado debido al conflicto armado interno, y T-760 de 2008, en la que fue ordenada la adopción de medidas estructurales encaminadas a mejorar la calidad del servicio de salud prestado en el país.

<sup>381</sup> OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVÁN, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

<sup>382</sup> Al respecto, CEPEDA ESPINOSA ha comentado lo siguiente: «En primer lugar, después de 1991, los colombianos entendieron muy pronto que la protección que la Constitución daba a sus derechos fundamentales podía tener efectos directos en su vida cotidiana. En segundo lugar, debido a la recesión económica y al desorden social, muchas personas buscan que se cumplan sus derechos sociales a través de esta vía judicial (...) En tercer lugar, en no pocos casos lo que está en juego es la resolución, caso por caso, de problemas socioeconómicos urgentes que el sistema político ha sido incapaz de resolver en un nivel más colectivo» CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, «La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo», en SIEDER, RACHEL, SCHJOLDEN, LINE Y ANGELL, ALAN (coord.), *La judicialización de la política en América Latina*, México, D.F., Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Universidad Externado de Colombia, 2011.

<sup>383</sup> Entre las diferentes alusiones hechas sobre el particular en el fallo en cuestión, sobresalen las siguientes observaciones: «De otra parte, existe un alto grado de insatisfacción con los resultados de las políticas. Primero, los documentos analizados por la Corte son prueba de un amplio y generalizado descontento de los organismos, tanto públicos como privados, que evalúan la respuesta institucional. Segundo, lo mismo puede decirse de las comunidades desplazadas, lo cual se hace evidente con la

demandas fue explicado por el alto tribunal del siguiente modo. De continuar con el proceder que hasta entonces venía siguiendo la Corte Constitucional, consistente en fallar de manera individual las demandas interpuestas, se estaría consintiendo la vulneración de dos importantes bienes jurídicos: el derecho a la igualdad de los desplazados que no han demandado, quienes estarían siendo discriminados por cuenta del tratamiento diferenciado que establecería el Estado mediante sus decisiones judiciales, y la adecuada administración de justicia, que estaría en grave riesgo debido a la congestión generada por la incesante avalancha de demandas.

En definitiva, el litigio intensivo que pusieron en práctica los ciudadanos, sin el respaldo de ninguna estructura de sostén, fue una de las causas primordiales que condujeron a la aprobación de este fallo estructural. De hecho, según ha sido señalado por CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ, la aparición y el fortalecimiento de organizaciones de defensa de la población desplazada son fenómenos que han ocurrido con especial énfasis con posterioridad a la expedición de la sentencia<sup>384</sup>. En contra de las previsiones hechas por EPP, dichas asociaciones no tomaron parte en el proceso que llevó a la aprobación de la decisión, pues entonces apenas existían unas cuantas que contaban con una capacidad de incidencia muy limitada. La expedición del fallo habría sido la razón por la cual decenas de organizaciones han sido creadas con el fin de verificar el cumplimiento de las órdenes impartidas<sup>385</sup>.

La sentencia T-760 de 2008, mediante la cual fue emprendida una ambiciosa intervención en el sector de la salud del sistema general de seguridad social, tuvo un origen idéntico al que acaba de ser descrito. Debido a la excepcional configuración de la acción de tutela y a su probada efectividad en el amparo de los derechos, ha sido

---

*interposición de un número bastante elevado de acciones de tutela*, a través de las cuales dichas personas intentan acceder a la oferta institucional, la cual es inalcanzable por medio de los programas estatales ordinarios». Más adelante, en la misma sentencia, la Corte manifestó lo siguiente: «otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado, es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de las mismas».

<sup>384</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., p. 118 y ss.

<sup>385</sup> En la sentencia en cuestión y en los ulteriores autos de seguimiento, el Tribunal Constitucional ha creado espacios de participación para la población desplazada y para las organizaciones que representan sus intereses. Con el propósito de hacer de esta intervención judicial un proceso democrático y participativo, les ha solicitado que evalúen el desempeño del gobierno y ha tenido en cuenta sus informes a la hora de establecer el grado de acatamiento de la decisión. De igual forma, ha exigido que en las fases de diseño e implementación de las políticas públicas sean tomadas en consideración sus opiniones y planteamientos, de modo que el proceder del Estado resulte eficaz, incluyente y aceptable para quienes resultan afectados por él.

utilizada de manera copiosa por los colombianos para reclamar la protección del derecho a la salud<sup>386</sup>. De acuerdo con un informe elaborado por el defensor del pueblo<sup>387</sup>, en la actualidad las controversias relacionadas con la violación de este derecho son la segunda causa más común por la cual los ciudadanos acuden a este recurso. Esta circunstancia de alta litigiosidad habría sido, según fue señalado por el propio Tribunal, una de las razones decisivas que produjo la adopción del referido fallo. La revisión del comportamiento de los demandantes durante los tres años anteriores a la sentencia comprueba la enorme presión que pesaba por aquella época sobre la Corte. En el año 2006, de un total de 256.166 acciones de tutela, 96.226 fueron interpuestas para obtener la protección del derecho en cuestión, que equivale a un porcentaje del 37,56%. En 2007, la cifra global de demandas ascendió a 283.637, entre las cuales 107.238 planteaban como problema jurídico la violación del derecho a la salud, representando un porcentaje del 37,81%. Por último, en el año en que fue aprobado la aludida sentencia, el total de acciones de tutela promovidas llegó a 344.468, de las cuales 142.957 se relacionaban con el tema en cuestión con un pico porcentual del 41,50%<sup>388</sup>.

Como lo indica el extracto de la sentencia que se transcribe a continuación, estas alarmantes cifras persuadieron a la Corte de la ineficiencia de la solución individualizada de caso:

Por esta razón, la adopción de órdenes encaminadas únicamente a resolver los casos concretos es insuficiente ya que, además de que las mismas situaciones se siguen presentando reiteradamente, el número de tutelas para acceder a servicios de salud tiene una sólida tendencia a crecer, como lo muestra el [...] informe adelantado por la Defensoría del Pueblo.

Como se puede apreciar, el número de tutelas se cuadruplicó entre 1999 y 2005. También aumentó el porcentaje de tutelas para amparar el derecho a la salud dentro del volumen total de acciones presentadas en dicho periodo. Ningún informe apunta en dirección

---

<sup>386</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «La judicialización de la salud: Síntomas, diagnóstico y prescripciones», en BERNAL ACEVEDO, ÓSCAR Y GUTIÉRREZ SOURDIS, CATALINA (comp.), *La salud en Colombia: Logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

<sup>387</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*, Bogotá, D.C., Imprenta Nacional de Colombia, 2014.

<sup>388</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, Op. Cit., p. 226 y ss.



contraria y según los datos disponibles en la Corte Constitucional las acciones de tutela en el ámbito de la salud siguen siendo las más numerosas<sup>389</sup>.

En conclusión, la experiencia colombiana demuestra que no en todos los casos es imprescindible el acompañamiento de las estructuras de sostén. En los ordenamientos que han removido las barreras que obstaculizan la presentación de estas demandas no se requiere con tanta urgencia el respaldo de dichas organizaciones. Si bien su presencia puede contribuir a la agilización de los procesos de maduración que deben ser agotados por la jurisprudencia para que sea posible la expedición de los fallos estructurales, lo cierto es que dichos procesos pueden surtirse sin su orientación. Pues el elemento que resulta verdaderamente indispensable para la aparición de el amparo estructural es la existencia de un movimiento legal de reclamación de derechos pertinaz y vigoroso. De tal suerte, no es extraño que una corriente de demandas espontánea, capaz de forzar la aprobación de un fallo estructural, se presente sin la asistencia que prestan estas entidades.

De igual manera, los casos que acaban de ser referidos revelan que la relación entre las estructuras de sostén y los Tribunales no discurre en un único sentido. Ello quiere decir que no siempre la creación de estas organizaciones precede a la aprobación de las fallos estructurales, tal como lo sugieren quienes afirman que dichas decisiones son el producto de la labor realizada por las estructuras de sostén. Las fallos de la Corte colombiana demuestran que es posible que dichas organizaciones aparezcan con posterioridad a las intervenciones judiciales como respuesta a los incentivos creados por los propios tribunales. Según lo dicho, queda demostrado que la influencia ejercida por estos dos actores es recíproca: del mismo modo en que las asociaciones pueden forzar la introducción de cambios en la jurisprudencia, esta última puede incidir en el comportamiento de estas.

Concluida esta observación final a propósito de la presión legal que es requerida para el surgimiento del amparo estructural, se prosigue con el análisis del segundo elemento causal que contribuye a la aparición de este fenómeno.

---

<sup>389</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 31 de julio de 2008, referencia T-760 de 2008.

#### **(4.3.2.) *La existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial***

Según se ha dicho antes, al llevar a cabo una revisión minuciosa del diseño constitucional de los ordenamientos en los que se presenta el amparo estructural, asoma la siguiente conclusión: ninguno autoriza de manera expresa a los tribunales la realización de este tipo de intervenciones. Todos ellos han engastado en sus Constituciones el principio de la separación de poderes y han hecho de él un precepto fundamental para el desarrollo de las relaciones entre los poderes públicos. En este sentido, han introducido en sus textos superiores arreglos institucionales orientados a asegurar que la decisión de los asuntos políticos sea llevada a cabo por órganos representativos, dotados de legitimidad democrática formal. Al mismo tiempo, se han preocupado por confinar las actuaciones judiciales de modo que en ellas se evidencie su sometimiento al imperio del derecho. Siendo esto así, es forzoso concluir que el marco constitucional del que brotan los fallos estructurales es relativamente similar al de los demás ordenamientos en los que este fenómeno no ha aparecido. La diferencia entre unos y otros se hallaría, entonces, en un ámbito diferente al normativo.

En el anterior apartado se mencionó la indispensable presión legal que debe ser ejercida sobre el Poder Judicial para conseguir que la jurisprudencia se adentre en el sendero que conduce a la adopción de los fallos estructurales. Sin embargo, dicha movilización puede resultar inocua si no existe un entorno propicio a la aprobación de decisiones judiciales de esta naturaleza. Es preciso que en ellos exista una cultura jurídica que permita el desenvolvimiento de actuaciones que tomen cierta distancia de la tradición que ha asignado a los tribunales un papel subalterno frente a los órganos representativos. A su vez, es necesario que su eventual involucramiento en el control de las políticas públicas sea un hecho aceptado en las comunidades jurídica y política, pues sin dicha aquiescencia es improbable que las autoridades judiciales se aventuren a emprender intervenciones de semejante envergadura. Es decir, tal como ha sido indicado en el título de este acápite, es imprescindible la existencia de una *cultura jurídica proclive al activismo judicial*.

Antes de analizar las características que debe reunir una determinada cultura jurídica para que en ella sea posible el surgimiento del amparo estructural, es pertinente realizar algunas precisiones en torno al concepto que se acaba de introducir. LAWRENCE FRIEDMAN acuñó el término *cultura jurídica* con el propósito de destacar las razones por las que no es adecuado definir el derecho como un mero agregado de reglas y

principios<sup>390</sup>. Para desvelar su verdadera esencia, sostiene el autor, sería necesario analizar la manera en que la sociedad acoge sus preceptos y la forma en que los articula dentro de los dispositivos que emplea para la solución de sus conflictos sociales. En una palabra, habría que examinar el contexto social, político y económico en el que emergen las normas jurídicas, pues de él depende la forma en que habrán de operar en la sociedad. De igual modo, en atención a que la relación entre derecho y cultura jurídica es de doble vía, es preciso tener en cuenta que tales condiciones también inciden en el contenido y en la orientación de las reglas que conforman los ordenamientos.

En consecuencia, el examen de las culturas legales ofrecería elementos de juicio para comprender las razones por las que una misma disposición o una idéntica institución jurídica pueden dar lugar a resultados y prácticas distintas, dependiendo del ordenamiento en el que se inserten. Esto último es de gran importancia para esta investigación debido a las aludidas semejanzas normativas que se presentan entre los ordenamientos en los que no han aparecido los fallos estructurales y aquellos en los que sí ha florecido este fenómeno<sup>391</sup>.

En este orden de ideas, al estudiar la cultura jurídica de un ordenamiento no se examina la constelación de normas que rige una sociedad, por el contrario, como lo

---

<sup>390</sup> FRIEDMAN, LAWRENCE, «The Place of Legal Culture in the Sociology of Law», en FREEMAN, MICHAEL (ed.), *Law and Sociology*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 185-209; FRIEDMAN, LAWRENCE, «The Concept of Legal Culture: A Reply», en NELKEN, DAVID (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Bookfield, Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 33-40.

<sup>391</sup> Un hecho similar ha ocurrido en Europa donde varios ámbitos del derecho han sido armonizados mediante la aprobación de normas jurídicas que deberían asegurar la aparición de resultados uniformes. Sin embargo, tal como ha sido señalado por RALF MICHAELS, la diversidad de culturas jurídicas del continente ha dificultado la unificación que se pretende en campos como el derecho privado, el derecho de la competencia y el derecho del consumo. De otro lado, siguiendo ahora a DAVID NELKEN, el reconocimiento de dicha pluralidad de culturas permitiría desentrañar fenómenos contradictorios que no han sido explicados de manera satisfactoria por el derecho. En la Unión Europea, por ejemplo, resulta particularmente llamativo que países como Dinamarca y el Reino Unido, que han participado de manera renuente en el proceso de integración, presenten los niveles más altos de cumplimiento de la normativa comunitaria. Este hecho contrasta con la situación de Italia, donde se encuentran los índices más bajos de acatamiento de dicha normativa pese a que el país latino ha apoyado de manera decidida y enérgica la conformación de la Unión. En definitiva, a juicio de quienes han propuesto el término en cuestión, las particularidades de cada cultura jurídica explicarían los motivos por los cuales el derecho no se desenvuelve de una única manera en todos los contextos. Su carácter tornadizo y maleable podría ser explicado, entonces, al incluir en las investigaciones aquellos elementos sociales que no logran ser abarcados por el derecho. MICHAELS, RALPH, «Legal Culture», en BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of European Private Law*, Oxford University Press, en prensa; NELKEN, DAVID, «Thinking About Legal Culture», en *Asian Journal of Law and Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-20.

proponía ROSCOE POUND, es preciso apartarse de la versión que proporcionan los libros acerca del derecho para analizar la manera efectiva en que sus reglas se desenvuelven en la sociedad<sup>392</sup>. De acuerdo con la expresión empleada por el jurista norteamericano, *el derecho en acción* sería el objeto de este tipo de indagaciones, orientación que descartaría las abstracciones hechas en torno a la ley cuando estas no se refieren a la manera en que la ley actúa en su práctica cotidiana<sup>393</sup>.

De acuerdo con la definición propuesta por WHITMAN Y MERRY, la cultura jurídica sería el repertorio de valores, usos, ideas, creencias y hábitos que influyen en el ejercicio del derecho<sup>394</sup>. Por decirlo de algún modo, es un patrimonio inmaterial que permite reconocer buena parte de las diferencias que, al margen de lo meramente normativo, asoman entre los ordenamientos. Dicho patrimonio estaría compuesto primordialmente por dos elementos: en primer lugar, por las concepciones que tienen los ciudadanos y los operadores jurídicos sobre dicho sistema; y, en segundo término, por las prácticas concretas que tales percepciones generan. En ese sentido, la cultura jurídica es producto de la realidad cultural de la sociedad. En comunidades altamente cohesionadas que valoran la convivencia pacífica, por ejemplo, los índices de obediencia a la ley son más altos que los que se presentan en entornos distintos. En sociedades en las que los órganos representativos cuentan con una amplia legitimidad y prestigio entre sus ciudadanos, es poco probable que los tribunales realicen un control intenso sobre las decisiones estrictamente políticas que estos órganos adoptan.

En suma, la cultura jurídica de una sociedad es el resultado de la interacción de todos los elementos sociales que dan a los ordenamientos un cierto perfil que favorece su comparación con los demás sistemas jurídicos. Esta operación de contraste permite calificar a una determinada cultura jurídica como formalista, liberal o conservadora. De igual manera, permite establecer si se encuentra abierta a transformaciones sociales mediante el uso del derecho o si, por el contrario, es reacia a introducir por esta vía

---

<sup>392</sup> POUND, ROSCOE, «Law in Books and Law in Action», en *American Law Review*, n.º 44, vol. 12, 1910, pp. 12-36.

<sup>393</sup> El llamado a examinar el derecho por fuera de los límites de la dogmática fue resumido por POUND en los siguientes términos: «Permítannos observar los hechos de la conducta humana a la cara. Permítannos tornar la mirada hacia la economía, la sociología y la filosofía, y dejar de asumir que la jurisprudencia es autosuficiente». Ídem, p. 36.

<sup>394</sup> WHITMAN, JAMES, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton, Princeton University Press, 1990; MERRY, SALLY, «What is Legal Culture? An Anthropological Perspective», en NELKEN, DAVID, *Using Legal Culture*, Londres, Wildy, Simmonds and Hill, 2012, pp. 52-76.

cambios semejantes. Según se ha dicho, esta valoración puede estar fuertemente condicionada por razones jurídicas, como ocurre en los ordenamientos que fomentan el control de la política mediante la creación de acciones judiciales especialmente diseñadas para tal fin. Sin embargo, el talante que al final se descubra no habrá de depender en exclusiva de los arreglos institucionales establecidos por el derecho.

Una última observación se debe realizar antes de emprender el análisis de la manera en que este elemento influye en la eclosión de los fallos estructurales. Se trata de la distinción planteada por FRIEDMAN entre la cultura jurídica interna de los sistemas y la cultura jurídica externa que aparece en las sociedades. En opinión del autor, las percepciones y los hábitos que surgen en torno al derecho varían de acuerdo con la posición que ocupa en el ordenamiento el individuo en quien se crea dicha conciencia. En ese sentido, es preciso separar las ideas que tienen las personas que hacen parte de la comunidad jurídica —esto es, abogados, litigantes, jueces, funcionarios judiciales y académicos— de aquellas que tienen los ciudadanos que no realizan un intercambio habitual con el mundo del derecho. Con arreglo a esta división, la cultura jurídica interna comprendería las actitudes y las opiniones de quienes se encuentran en el primer grupo, mientras la externa reflejaría las concepciones y los usos de los que no participan en dicha comunidad<sup>395</sup>.

Tal como ha sido advertido por RALF MICHAELS, por lo general, se suele identificar la cultura jurídica de un ordenamiento con su cultura jurídica interna. Según esta asimilación, los abogados serían los únicos que determinarían el modo de funcionamiento de las instituciones jurídicas. Sus valores, hábitos, creencias y el sentido común que comparten definirían la manera en que el derecho es creado y aplicado en una sociedad. En consecuencia, quienes no hacen parte de dicho entorno se verían obligados a adecuar su comportamiento a las expectativas y a las reglas que ellos establecerían de manera unilateral. En ese sentido, la obra de GIOVANNI TARELLO sería una muestra ejemplar del alcance de dicha reducción<sup>396</sup>. En su opinión, en las actitudes, en los modos de expresión y en las formas de argumentación empleadas por los juristas

---

<sup>395</sup> DAVID NELKEN ha señalado que, si bien dicha distinción es de gran utilidad, su aplicación no es tan simple como lo sugieren las definiciones propuestas por FRIEDMAN. Los abogados que litigan en representación de sectores sociales marginados, por ejemplo, no podrían ser ubicados únicamente en uno de estos dos conjuntos. NELKEN, Op. Cit.

<sup>396</sup> TARELLO, GIOVANNI, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

se agotaría el contenido de toda cultura jurídica. De ahí que los escritos que el autor dedicó a esta materia y a la política del derecho pretendieran demostrar la influencia ejercida por la doctrina en las transformaciones normativas introducidas en los ordenamientos europeos. Esto último pone en evidencia el carácter marcadamente selectivo que confiere el autor a este concepto, pues únicamente harían parte de él las construcciones teóricas hechas por una élite con el fin de guiar el desarrollo de los sistemas jurídicos<sup>397</sup>.

El principal defecto de esta concepción consiste en que desconoce el carácter recíproco de las relaciones existentes entre derecho y cultura. Si bien la cultura jurídica interna moldea parcialmente el contenido de la cultura general dentro de la que se inserta, y que también ejerce una cierta influencia sobre las normas que son promulgadas en los ordenamientos, es preciso reconocer que, de un modo análogo, la cultura jurídica externa incide en cada uno de estos dos campos: la manera en que el público percibe el funcionamiento de las autoridades judiciales, por ejemplo, condiciona tanto el tipo de reclamaciones que son interpuestas por los ciudadanos como el volumen de tales demandas. Esto último afecta el desarrollo de la jurisprudencia —y, a la larga, el de la doctrina y el del propio sistema normativo— ya que dicho desarrollo depende en gran medida de la *materia prima* que los jueces hallan en las controversias que son puestas a su conocimiento. De igual modo, las transformaciones de la conciencia moral de los ciudadanos pueden forzar la introducción de modificaciones jurisprudenciales y normativas.

Por último, se debe destacar que la razón fundamental que llevó a FRIEDMAN a proponer esta distinción entre cultura jurídica interna y externa fue el propósito de demostrar, justamente, que las presiones sociales y las fuerzas de cambio que se desatan

---

<sup>397</sup> La definición planteada por TARELLO conduce a una antigua, y al parecer irresoluble, discusión a propósito del significado del propio concepto de cultura. En opinión de algunos, entre los cuales se encontraría el jurista genovés, esta definición no abarcaría la totalidad de creaciones a través de las cuales el hombre y los pueblos han transformado el entorno que habitan, sino únicamente aquellas producciones altamente refinadas que han traído progreso a lo largo de la historia. Según esta óptica, cultura sería sinónimo de civilización, perspectiva que encaja a la perfección con la labor que, en opinión de TARELLO, cumpliría la doctrina frente a la ley. Sobra aclarar que en esta investigación se acoge una concepción mucho más amplia que comprende no solo los elevados frutos del intelecto y del espíritu, sino también las rudimentarias fuerzas que se agitan en toda sociedad. Así pues, frente a la disyuntiva de cultura o barbarie que proponen quienes defienden la versión aristocrática del término, se afirma que esta última no es más que un producto de la primera. Pues, como ha dejado escrito WILLIAM OSPINA, «Los tiempos de penuria, los tiempos miserables, los tiempos aciagos, no se deben a una falta de cultura: se deben a la cultura misma». OSPINA, WILLIAM, «La cultura en tiempos de penuria», en *El dibujo secreto de América Latina*, Bogotá, D.C., Penguin Random House, 2014, p. 10.

dentro de la cultura jurídica externa serían las causas más eficientes de las transformaciones legales<sup>398</sup>. Según esto, los grandes cambios acaecidos en los ordenamientos —aquello que EPP denomina *las revoluciones de los derechos*— no se deben, o al menos no prioritariamente, al progreso autónomo de las tradiciones legales. Dichas modificaciones serían el resultado de cambios previos de los paradigmas sociales, éticos, políticos y acaso religiosos sobre los que se cimienta la práctica del derecho. En consecuencia, para conseguir reformas sustanciales y definitivas dentro de los ordenamientos sería necesario ocuparse de modificar también la cultura jurídica externa en la que estos últimos se enmarcan.

Con esta última reflexión se termina la presentación general del concepto de cultura jurídica empleado en esta investigación<sup>399</sup> y ahora se enuncian las características que esta debe reunir para que sea posible la aparición del amparo estructural.

#### ***(4.3.2.1.) Características de una cultura jurídica favorable al amparo estructural***

En primer lugar, resulta necesario que en la cultura jurídica exista un entorno propicio para el control judicial de las políticas públicas. Naturalmente, la primera condición de la que depende la formación de un ambiente semejante consiste en que el ordenamiento autorice el escrutinio judicial de las actuaciones de los órganos representativos. En concreto, es preciso que las autoridades judiciales se encuentren facultadas para verificar la validez de la ley y de los actos administrativos generales — normas en las que usualmente se vierte el contenido de las políticas públicas— a la luz de lo dispuesto en las normas jurídicas superiores. La presencia de un repertorio de acciones judiciales encauzadas a dicho fin es imprescindible, pues de ello depende que los ciudadanos tengan un instrumento adecuado para denunciar las eventuales violaciones sistemáticas de sus derechos. Adicionalmente, es indispensable para que se

---

<sup>398</sup> FRIEDMAN, LAWRENCE, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975.

<sup>399</sup> Sobre la variedad de significados que los académicos han dado al término cultura jurídica, ver MERRY, Op. Cit.

difunda la idea primordial en la que hunde sus raíces el amparo estructural: se hace referencia al principio que afirma que todas las decisiones del Estado, incluso las que tienen un contenido y una orientación marcadamente políticas, se hallan sometidas al derecho.

La introducción del control de constitucionalidad en los ordenamientos allana el camino para que los tribunales emprendan la revisión de actuaciones que, como ocurre en el caso del amparo estructural, en otro tiempo no estaban sometidas a inspección judicial. Esto no quiere decir, claro está, que el curso natural de los sistemas jurídicos que han incorporado en su engranaje la justicia constitucional haya de desembocar forzosamente en la aparición del amparo estructural. Los ordenamientos del continente europeo son, a excepción del notable caso de las sentencias piloto, una muestra de que dicha incorporación no necesariamente conduce a escenarios como los descritos. Sin embargo, tal hecho no soslaya que la práctica del control de constitucionalidad acarrea una innegable ampliación del margen de acción de los tribunales.

De vuelta a las acciones judiciales dispuestas para el control de los órganos representativos, es preciso destacar que los recursos diseñados para la tutela de los derechos han de cumplir ciertas exigencias. Para empezar, es necesario que exista una cierta amplitud en los requisitos de legitimación activa —reglas de *standing*— que favorezca la interposición de las demandas que dan a conocer la ocurrencia de las violaciones sistemáticas de los derechos. Según se advierte a lo largo de este capítulo, el establecimiento de requisitos de esta índole obstaculiza el arribo de las demandas y condiciona el rumbo de la jurisprudencia. De tal suerte, en los ordenamientos que establecen restricciones intensas al acceso a la justicia se hace necesaria la participación de estructuras de sostén que ayuden a los ciudadanos a remontar tales barreras. Sin su intervención es poco probable que estas controversias consigan abrirse camino hasta los tribunales, lo que anularía de plano el desarrollo de los procesos judiciales que podrían concluir con la aprobación de un fallo estructural.

De otro lado, es necesario que los ordenamientos concedan a las autoridades judiciales una cierta discrecionalidad para definir los remedios que habrán de imponer a las partes. Si bien ninguna Constitución ha extendido a los tribunales la facultad de expedir fallos estructurales, algunas sí han reconocido a su favor un amplio margen de maniobra que podría propiciar el surgimiento de estas decisiones. Prueba de ello se encuentra en la sección 38 del texto constitucional sudafricano que se ocupa de la



protección judicial de los derechos [*enforcement of rights*]. Luego de fijar un generoso listado de sujetos autorizados para interponer estas demandas, el artículo dispone que los tribunales se encuentran llamados a «otorgar una reparación apropiada, incluyendo una declaración de derechos». La apertura del concepto de *reparación apropiada* ha sido aprovechada por la Corte Constitucional para idear remedios heterodoxos que han pretendido hacer frente a la compleja realidad que afronta el país austral. El Tribunal ha hecho énfasis en la urgencia de garantizar la efectividad de los remedios, de suerte que las sentencias no acaben por convertirse en victorias meramente simbólicas, sino en instrumentos eficaces de transformación social. La sentencia *Fose vs. Minister of Safety and Security*<sup>400</sup> es una muestra ejemplar de la posición asumida por la Corte sobre el particular:

En nuestro contexto, un remedio apropiado debe ser un remedio efectivo pues sin remedios eficaces en caso de incumplimiento, los valores subyacentes y los derechos consagrados en la Constitución no pueden ser adecuadamente protegidos. Particularmente en un país donde muy pocos cuentan con los medios para hacer valer sus derechos a través de los tribunales, es esencial que en las ocasiones en las que se logre establecer la violación un derecho en un proceso legal este último sea efectivamente protegido. Los tribunales tienen una especial responsabilidad sobre el particular y están obligadas a «forjar nuevas herramientas» y a idear remedios innovadores, en caso de ser necesario, para alcanzar este objetivo<sup>401</sup>.

El anterior comentario conduce al elemento decisivo del que depende la existencia de un entorno favorable al control judicial de las políticas públicas: es indispensable que en el ordenamiento prevalezca la opinión según la cual los tribunales se encuentran autorizados y, dado el caso, obligados a llevar a cabo el control de las decisiones políticas adoptadas por los órganos representativos. La propagación de dicho criterio no es una reacción que brote de manera espontánea del diseño institucional del Poder Judicial o de las reglas procesales dispuestas para el trámite de las acciones. Como lo sugiere tácitamente la Corte Constitucional sudafricana, es preciso que los tribunales

---

<sup>400</sup> *Fose vs. Minister of Safety and Security*, cit.

<sup>401</sup> En esta misma dirección, en la sentencia *Hoffman vs. South African Airways*, la Corte precisa que la sección 38 debe ser interpretada a la luz de lo dispuesto en la sección 172 (1)(b), según la cual el Tribunal Constitucional se encuentra autorizado a emitir «cualquier orden que sea justa y equitativa» al decidir los asuntos sometidos a su competencia. Con fundamento en lo anterior, advierte que la principal restricción que enfrentan los magistrados al idear un remedio judicial son los dictados de la justicia y de la equidad. Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 28 de septiembre de 2000, caso CCT 17/00, asunto *Hoffman vs. South African Airways*.

muestren una actitud favorable a la realización de este tipo de escrutinios, el llamado dirigido a los jueces para que pergeñen remedios eficaces es también, según nuestro modo de ver, una exhortación más general para que asuman una postura audaz y decidida frente a la labor que desempeñan. Una actitud semejante contribuye de manera significativa a la creación de una cultura jurídica que apruebe la realización de este tipo de intervenciones judiciales.

Naturalmente, la disposición de los tribunales para involucrarse en estos asuntos es de gran importancia. Pues una de las respuestas más habituales que encuentran estas demandas cuando no existe un entorno propicio para la aprobación de decisiones estructurales, o cuando sencillamente los jueces no desean verse implicados en estas cuestiones, es la oposición de razones jurídicas y políticas que impedirían la emisión de pronunciamientos judiciales sobre estas controversias. Las doctrinas de las *political questions* en los Estados Unidos<sup>402</sup> y del acto político en Europa<sup>403</sup> son ejemplos paradigmáticos de la manera en que los tribunales pueden evitar la realización del control judicial solicitado en las demandas, recurriendo a argumentos basados en la separación de poderes. Ahora bien, pese a que la adopción de estas doctrinas por parte de la jurisprudencia parece zanjar de forma definitiva este tipo de controversias, lo cierto es que las barreras que estas erigen entre política y derecho son irremediabilmente transitorias. Por tal razón, con el paso del tiempo los tribunales bien pueden terminar ocupándose de cuestiones que en algún momento consideraron vedadas, o retirándose de ámbitos en los que su presencia era habitual<sup>404</sup>. Tales modificaciones reflejan el carácter cambiante de las culturas jurídicas y el importante papel que desempeña en dichas transformaciones la actitud de los operadores jurídicos. Si bien ellos no pueden crear por su cuenta las condiciones requeridas para la

---

<sup>402</sup> GROSSMAN, JOEL, «Political Questions», en HALL, KERMIT (edit.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2da ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 651-653; HENKIN, LOUIS, «Is There a *Political Question Doctrine*?», en *The Yale Law Journal*, vol. 85, n.º 5, 1976, pp. 597-625; BARKOW, RACHEL, «More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy», en *Columbia Law Review*, vol. 102, n.º 2, 2002, pp. 237-336.

<sup>403</sup> CARRO, JOSÉ LUIS Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, ADOLFO, «La doctrina del acto político: especial referencia al derecho italiano», en *Revista de administración pública*, n.º 53, 1967, pp. 73-130; GARRIDO CUENCA, NURIA, *El acto de gobierno: un análisis de los ordenamientos francés y español*, Barcelona, Cedecs, 1998.

<sup>404</sup> Al respecto, ver BARKOW, Op. Cit.; BOIX PALOP, ANDRÉS, «Muerte y resurrección del acto de gobierno: a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés», en *Revista de Administración Pública*, n.º 157, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 495-507.

maduración de estos procesos, su incidencia en el avance, o en la ralentización de dichos cambios, resulta innegable.

Un segundo elemento que contribuye a la formación de una cultura jurídica proclive al activismo judicial es la adhesión de los ciudadanos y de los abogados al ideal que afirma el poder transformador del derecho<sup>405</sup>. Dicha percepción es diametralmente opuesta a la que ha sido formulada por el marxismo, según la cual el derecho sería un instrumento de sometimiento al servicio de las élites dominantes. En contra de esta interpretación, el ideal referido presenta al litigio como una poderosa herramienta capaz de introducir reformas de hondo calado en el seno de las sociedades. Las acciones dispuestas por los ordenamientos, las cartas de derechos incluidas en las Constituciones, la independencia de los jueces y de los magistrados, y la igualdad de armas con las que acudirían las partes a los procesos harían de los estrados judiciales el escenario más adecuado para el triunfo de las demandas de cambio social.

El surgimiento de esta perspectiva guarda relación directa con el involucramiento, más o menos reciente, de los jueces en asuntos de alto contenido moral cuya decisión había sido reservada a las asambleas legislativas<sup>406</sup>. La aprobación de este tipo de decisiones propala entre los miembros de la cultura jurídica el mensaje de que es posible obtener profundas transformaciones sociales mediante el derecho. La propagación de dicha idea no solo modifica la manera en que el derecho es percibido — en la medida en que dejaría de estar asociado únicamente a la conservación del orden social, para englobar otras funciones que conducirían a la depuración y al mejoramiento de dicho orden— sino que también reformaría algunos roles de quienes intervienen en el funcionamiento del Poder Judicial: los ciudadanos pasarían de ser meros usuarios del servicio de justicia para convertirse en actores políticos capaces de promover por esta

---

<sup>405</sup> Para emplear la terminología utilizada por BOAVENTURA DE SOUSA, es menester que entre ellos predomine la perspectiva que encuentra en el derecho un *instrumento de emancipación social*. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: Encuentros en Buenos Aires*, Buenos Aires, CLACSO, 2006; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, D.C., ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

<sup>406</sup> Se alude a las sentencias que, desde la segunda mitad del siglo XX, han pretendido mejorar la suerte de algunos grupos tradicionalmente marginados. Entre ellas se encuentran las que han ordenado el desmonte de las prácticas sociales y estatales que promueven la discriminación racial; las que han prohibido la segregación en contra de las personas por su orientación sexual; las que han autorizado la práctica del aborto y las que han promovido la igualdad de las mujeres; las que han reconocido el derecho a disponer de la propia vida cuando se padecen enfermedades que hacen de ella una carga onerosa; y las que, en América Latina, han privilegiado los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre los intereses económicos involucrados en la explotación del medio ambiente.

vía trascendentales cambios sociales. Los tribunales, por su parte, además de encargarse de la función tradicional de dar aplicación a la ley, fungirían como árbitros de las reclamaciones sociales que no han conseguido prosperar en las instancias representativas.

La divulgación de esta perspectiva en torno al quehacer de los tribunales contribuye a que el activismo judicial sea admitido dentro de la cultura jurídica y a que, en términos generales, obtenga una valoración positiva dentro de ella. Si bien dicha aprobación no consigue sofocar las objeciones que despierta este modelo de actuación judicial, lo cierto es que, una vez se ha consolidado esta opinión favorable, las discusiones doctrinales y políticas que suscita dejan de orbitar únicamente alrededor de la legitimidad de estas decisiones. Así lo demuestra la evolución que se ha presentado en todos los ordenamientos que han sido analizados en esta investigación. Con el correr del tiempo las primeras controversias a propósito de la legitimidad democrática de los fallos estructurales han dado paso a otros debates que dan por sentada su presencia en los sistemas jurídicos. Nuevos interrogantes han surgido —como los que ha planteado la doctrina a cerca de la eficacia de las sentencias estructurales, la influencia que estas ejercen en los movimientos sociales y el futuro que aguarda a la jurisprudencia luego de la aparición de estos fallos— lo que revela que dichas decisiones ya han sido incorporadas como un fenómeno propio de estas culturas jurídicas.

En definitiva, la difusión de la visión transformadora del derecho otorga mayor legitimidad a estas intervenciones judiciales, merma la resistencia que puedan encontrar dentro de la cultura jurídica, fomenta el empleo de las acciones judiciales para la solución de controversias de marcado signo político y advierte a los ciudadanos la posibilidad de emplear los recursos judiciales a fin de superar los bloqueos institucionales que provoquen la violación generalizada de sus derechos. Todo ello demuestra la gran importancia que tiene el ingrediente en cuestión para el surgimiento del amparo estructural de los derechos.

Concluido este comentario, sigue la presentación del tercer elemento que coadyuva a la formación de una cultura jurídica favorable al activismo judicial: la existencia de una sólida *conciencia de derechos* que fomente el uso de las acciones judiciales.

Mediante este término se alude al cambio de mentalidad que tendría que producirse entre los ciudadanos y los operadores jurídicos como consecuencia del reconocimiento legal de los derechos que se consignan en las Constituciones. Dicho acontecimiento debería desencadenar cambios trascendentales en los hábitos y en las prácticas de quienes hacen parte de la cultura jurídica, así como también una profunda transformación de su manera de ver el derecho y de considerar las relaciones sociales. Al obtener el reconocimiento legal de un derecho, las reclamaciones hechas por los ciudadanos dejarían de ser meras aspiraciones —que se presentarían bajo la forma *yo deseo X*—, para convertirse en auténticas demandas que tendrían que ser satisfechas —*yo tengo derecho a X*—.

El elemento observado no brotaría de los textos normativos, sino de la manera como estos son percibidos por los ciudadanos. Su efecto primordial consistiría en introducir en ellos una sugerente representación mental que los hace reconocerse como dueños de una dignidad que no puede ser mancillada. En síntesis, la conciencia de los derechos no sería cosa distinta a la *apropiación individual y social* del discurso que se crea en torno a tales derechos<sup>407</sup>.

La existencia de una robusta conciencia de derechos desempeña un papel trascendental para la formación del entorno del que depende la aprobación de los fallos estructurales. Sin ella es previsible que el flujo de demandas necesario para el avance de nuestro fenómeno no consiga impulsar en la jurisprudencia los cambios previos que deben surtir para la adopción de este modelo de actuación judicial. De igual modo, la ausencia de esta mentalidad debilitaría la presión legal que las demandas transmiten al Poder Judicial, por lo que difícilmente se crearía en los jueces la urgencia de idear soluciones que se ocupen de las causas estructurales de las que brotan las reclamaciones.

---

<sup>407</sup> La conciencia de los derechos no siempre se encuentra precedida de la aprobación de las normas jurídicas que consagran su existencia en los ordenamientos. La historia del constitucionalismo demuestra que el reconocimiento jurídico de la mayoría de ellos ha sido fruto de la acción de una conciencia preexistente que, a través de la movilización social y del uso de otros recursos, ha conseguido que el derecho reconozca la legitimidad de tales exigencias. Así que una vez han sido incorporadas en los ordenamientos, se espera que las aludidas proclamaciones contribuyan al afianzamiento y a la propagación de dicha conciencia, que no solo debería traducirse en un incremento de las demandas interpuestas ante los juzgados, sino en la aparición de una nueva actitud que habría de modificar radicalmente la manera en que los titulares de estos derechos se desenvuelven y participan en la vida en sociedad.

En resumen, la conciencia de derechos no solo persuade a los ciudadanos de la validez de sus demandas, ni se limita a impulsarlos a reclamar su defensa ante los estrados judiciales, también mueve a los operadores jurídicos a buscar remedios adecuados para su restablecimiento efectivo. Pues este cambio de mentalidad los convence del carácter estrictamente jurídico de dichas reclamaciones y, por esta misma vía, del ineludible deber que les impone hallar una solución que garantice su satisfacción efectiva.

Una vez mencionados los tres elementos que contribuyen al surgimiento de una cultura jurídica proclive al activismo judicial, que es, valga la reiteración, el contexto que permite la aparición de los fallos estructurales, es necesario cerrar este capítulo con una reflexión a propósito de la ductilidad del derecho y de la manera en que este es moldeado por la cultura jurídica externa.

#### ***(4.4.) Cultura jurídica, ideologías y amparo estructural***

El análisis realizado a lo largo de este capítulo permite concluir que la aparición de los fallos estructurales no se debe —o, cuando menos, no únicamente— a la mezcla de la acción de tribunales activistas, interesados en promover una determinada visión de la política y del derecho, con la promulgación de ambiciosas cartas de derechos. Si bien cada uno de estos factores puede desempeñar algún papel, cuya importancia no siempre es la misma, en el proceso que conduce al surgimiento de estas decisiones, ninguno de ellos es capaz de desencadenar por su cuenta el fenómeno que ocupa esta investigación. La eclosión del amparo estructural sería fruto de la conjugación de dos causas distintas, cuyo talante no es puramente jurídico: la existencia de una enérgica presión legal y la presencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial. En este orden de ideas, la postura ideológica de los jueces que conocen estas demandas podría apresurar o ralentizar dicho proceso. Sin embargo, según hemos advertido, de ningún modo podría evitar su avance cuando las circunstancias se muestran propicias, así como tampoco podría impulsar su adelanto en solitario. En definitiva, la aparición de los fallos estructurales depende de la acción de factores señaladamente culturales, y no tanto de razones normativas o de diseño institucional.

La apertura o la obcecación de las culturas jurídicas frente a los fallos estructurales —y, en términos generales, frente al activismo judicial— se encuentran condicionadas, a su vez, por el triunfo de alguna de las ideologías que pugnan por imponerse en los ordenamientos. Dicho enfrentamiento ha sido explicado por BOURDIEU, quien sostuvo que «en el campo jurídico se desarrolla una intensa lucha por el monopolio del derecho a decir el derecho, es decir, por establecer cuál es la buena distribución (nomos) o el buen derecho»<sup>408</sup>. La *buena distribución del derecho* por la que riñen las facciones enfrentadas no es cosa diferente a la facultad de determinar en qué consiste el *derecho correcto, el derecho válido*. En este orden de ideas, la ideología que prevalece consigue normalizar e institucionalizar —*reificar*, de acuerdo con la terminología empleada por la sociología jurídica— el discurso y las concepciones que ha elaborado en torno al derecho y la sociedad. Como consecuencia de ello, la victoria que obtiene consiste en lograr que el sistema acoja la narrativa que ha construido como una suerte de doctrina oficial. De ahí que en adelante no sea percibida como *ideología* por quienes participan en la cultura jurídica, esto es, como propuesta a la que es posible disputar la validez de sus razones, sino como una especie de orden objetivo, imparcial y, de cierta manera, natural, que ha de ser conservado.

Por tanto, los fallos estructurales afloran dentro de los ordenamientos en los cuales la ideología predominante en la cultura jurídica es compatible con este tipo de intervenciones judiciales. Una clara muestra de lo anterior se encuentra en el constitucionalismo norteamericano, donde ha prevalecido una concepción del derecho y de la política sustancialmente diferente a la que ha sido cultivada por la ideología imperante en Europa. Pese a las similitudes que unen a estas dos tradiciones, la norteamericana ha aprobado desde su fundación la participación de los tribunales en asuntos que el viejo continente ha reservado con celo en favor de las asambleas legislativas. El temor a enfrentar *la tiranía de los jueces* que aún perdura en Europa es, según el punto de vista del autor de esta investigación, una de las razones primordiales por las cuales el amparo estructural tiene limitadas opciones de prosperar en este lado del Atlántico.

---

<sup>408</sup> BOURDIEU, PIERRE, «La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico», en MORALES DE SETIÉN, CARLOS, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 160.

## CAPÍTULO V

### EFFECTOS DE LAS SENTENCIAS ESTRUCTURALES

*(5.1.) Neorrealismo vs. Constructivismo; (5.2.) Tipología de los efectos de las sentencias estructurales según el constructivismo; (5.3.) La perspectiva compleja con énfasis en la víctima; (5.4.) Implementación de Brown v. Board of Education; (5.4.1.) La postura constructivista frente a Brown; (5.4.2.) ¿Se conserva con vida el ruiñeñor? Efectos indirectos y simbólicos de Brown; (5.5.) Grootboom contra la República de Sudáfrica; (5.5.1.) Repercusiones del fallo en el seno de la comunidad Grootboom; (5.5.2.) Efectos globales ocasionados por la aprobación de Grootboom; (5.5.3.) Incidencia de Grootboom en la política pública de vivienda; (5.6.) El desplazamiento forzado como un «estado de cosas inconstitucional»: la experiencia colombiana; (5.6.1.) Identificación de los objetivos de la sentencia T-025 de 2004; (5.6.2.) El desplazamiento forzado bajo la mirada del constructivismo; (5.6.3.) Análisis desde la perspectiva compleja con énfasis en la víctima; (5.6.3.1.) Recuperación de la capacidad institucional; (5.6.3.2.) Mejoramiento del esfuerzo presupuestal; (5.6.3.3.) Evolución de los programas específicos que se articulan en la política pública; (5.6.3.4.) Evolución del objetivo de asistencia mínima; (5.7.) Consideración final sobre la eficacia del amparo estructural*

#### ***(5.1.) Neorrealismo vs. Constructivismo***

Para concluir esta investigación se ha juzgado oportuno adelantar un análisis sobre la utilidad y la eficacia de los fallos estructurales. A fin de iniciar este estudio, es preciso advertir que la mayor parte de la literatura que se ha ocupado del amparo estructural ha centrado su atención en el asunto de la legitimidad democrática de este fenómeno y en los procesos de decisión judicial que conducen a su aparición en los ordenamientos. Este énfasis ha traído como consecuencia la prevalencia de una aproximación eminentemente teórica que ha restado importancia a la investigación de los resultados concretos que han surgido, o que se han hecho esperar, a raíz de la aprobación de estas decisiones. Dicha omisión ha mantenido a la sombra la cuestión más relevante para los ciudadanos que sufren la violación de sus derechos: el esclarecimiento de las posibilidades reales de obtener por esta vía cambios sociales, y ha dejado inexplorada la validez del argumento más poderoso que han empleado los tribunales para justificar estas sentencias. Pues allí donde ha prosperado el amparo estructural, los tribunales han argüido la necesidad de llevar a cabo las transformaciones que la política ha sido renuente o incapaz de adelantar, como fundamento de estas intervenciones.



En estos términos, para obtener una panorámica completa de este fenómeno resulta imprescindible reparar en las consecuencias que este produce dentro de los ordenamientos. Dicha verificación es de gran importancia, ya que los fallos estructurales son fruto de una *apuesta pragmática* hecha por los jueces para corregir el funcionamiento de un sistema que, en teoría, debería garantizar de manera efectiva la protección de los derechos de los ciudadanos. En ese sentido, el estudio de las consecuencias que surgen gracias a estas intervenciones permite establecer si la inversión hecha por los tribunales es compensada por los resultados que se cosechan en la realidad.

Antes de analizar el impacto generado por los fallos estructurales, es menester especificar cuáles son los efectos cuya realización se pretende determinar. Existen dos modelos de estudio que rivalizan en torno a los criterios que deben ser empleados para valorar la incidencia de este tipo de decisiones. Por un lado, se encuentra el enfoque neorrealista, según el cual es preciso hacer hincapié en los resultados materiales concretos que producen los fallos. Según esta mirada, habría que realizar un ejercicio de contraste entre las órdenes emitidas por los tribunales y los cambios que ellas provocan en el comportamiento de sus destinatarios. De tal forma, las intervenciones judiciales exitosas serían aquellas que consiguen modificar de manera efectiva el proceder de las partes vencidas en estos procesos. En el caso específico del amparo estructural, los fallos cumplirían su cometido en la medida en que logren que las autoridades representativas diseñen e implementen políticas públicas capaces de asegurar el goce de los derechos infringidos. Así pues, la eficacia de sentencias como *Brown v. Board of Education* o de *Grootboom contra la República de Sudáfrica* tendría que ser evaluada a la luz de los resultados tangibles obtenidos por estas intervenciones. En el primer caso sería necesario establecer si la aprobación del fallo produjo la desegregación del sistema educativo público o si, por el contrario, la situación de discriminación racial existente en 1954 perduró después de la actuación judicial. La eficacia de *Grootboom*, por otra parte, dependería del número de personas en situación de pobreza extrema —*in desperate need*, según la expresión utilizada por el Tribunal— que habrían accedido a una vivienda digna como consecuencia de la expedición del fallo.

A esta perspectiva se opone la aproximación constructivista. Esta mirada destaca la importancia de considerar otros factores que, si bien no guardan una relación inmediata con las órdenes emitidas, surgen como resultado indirecto de los fallos

estructurales. Hacemos alusión a los cambios en la cultura jurídica que aparecerían gracias a estas decisiones, tales como el fortalecimiento de la conciencia de derechos, la creación de nuevas organizaciones dedicadas a la protección de estos intereses y el robustecimiento general de la movilización social. En opinión de quienes adhieren a esta postura, de estos elementos depende la posibilidad de alcanzar los objetivos planteados en las sentencias estructurales<sup>409</sup>.

En principio, el enfoque constructivista propuesto por MCCANN Y SCHEINGOLD es el más apropiado para analizar la repercusión de los fallos estructurales. Esto es así debido a que la perspectiva neorrealista únicamente registraría una parte —muy limitada, a juicio de sus detractores— de los resultados producidos por estas decisiones. Al fijar su atención exclusivamente en las actuaciones realizadas en cumplimiento de las órdenes emitidas, se perderían de vista las demás transformaciones que, pese al hecho de no haber sido dispuestas por los tribunales, influyen en el desarrollo de procesos paralelos de los que también depende la desarticulación de los bloqueos institucionales.

Según la postura constructivista, incluso los fallos que niegan la protección de los derechos podrían resultar eficaces para acometer los cambios sociales que se persiguen<sup>410</sup>. En la medida en que logren retratar la marginación social existente y la urgencia de adoptar remedios eficaces, la divulgación de estas sentencias puede influir de manera positiva en la percepción de los ciudadanos sobre estas controversias. Tales *derrotas* podrían facilitar la obtención de un amplio respaldo político, que sería mucho más útil a largo plazo para los movimientos sociales que una sentencia favorable. De otro lado, estas decisiones adversas podrían afianzar los lazos de cooperación entre las organizaciones que participan en dichos movimientos: al tomar conciencia de la dimensión de los obstáculos que deben remontar, es altamente probable que decidan aunar fuerzas y emprender sus actuaciones de manera coordinada.

---

<sup>409</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit.; MCCANN, Op. Cit; SCHEINGOLD, Op. Cit.

<sup>410</sup> Un ejemplo de esta postura se encuentra en los estudios realizados por REBELL en el ámbito educativo estadounidense. A juicio del autor, se ha logrado comprobar que la iniciación de este tipo de procesos, al margen de la decisión final que adoptan los jueces, influye de manera positiva en el comportamiento de las autoridades encargadas de la gestión de este servicio dentro de los estados. En concreto, existiría una diferencia apreciable en la distribución de los recursos dedicados a la educación entre los estados en los que es habitual este tipo de litigio y aquellos en los que esta tendencia no se presenta. REBELL, MICHAEL, Op. Cit., p. 31.

A pesar de estos resultados, el enfoque neorrealista únicamente se ocupa de los efectos directos e inmediatos de los fallos estructurales. De acuerdo con esta perspectiva, una sentencia desfavorable permite a las autoridades conservar el patrón de conducta que habría fomentado la creación del bloqueo institucional cuya superación se persigue. Más aún, el establecimiento de precedentes judiciales adversos fortalecería las razones argüidas por quienes se oponen a las intervenciones estructurales. De ahí que, según esta mirada, no sea razonable afirmar que dichos fallos contribuyan al cambio social o que, como lo pretenden los valedores del modelo constructivista, existan efectos diferentes a los cambios de comportamiento y al restablecimiento efectivo de los derechos conculcados.

Por lo planteado en esta investigación, la aproximación neorrealista incurre en un grave yerro al suponer que problemas extraordinariamente complejos, como los que abordan los tribunales en los fallos estructurales, pueden ser resueltos de manera definitiva a través de la expedición de decisiones judiciales. Basta con volver sobre las dos sentencias estructurales que acaban de ser referidas para explicar este desacierto. En ambos casos, los tribunales lidiaban con una arraigada y virulenta discriminación racial que había engendrado, entre otros fenómenos, sistemas educativos segregados y trazados urbanos excluyentes. En ese sentido, el cumplimiento de las órdenes impuestas en *Brown* y *Grootboom* reclamaba de las autoridades, y de la sociedad en general, un esfuerzo infinitamente superior al que demanda la ejecución de los fallos judiciales ordinarios. Además de una resuelta voluntad política y la destinación de recursos excepcionalmente elevados, la implementación de estas decisiones exigía la realización de una profunda y enérgica transformación cultural. En este orden de ideas, la principal falla del modelo neorrealista radica en esperar que un único factor logre desencadenar procesos que, por definición, requieren la concurrencia de varias causas<sup>411</sup>.

---

<sup>411</sup> De adoptar el enfoque del neorrealismo, *ningún fallo estructural podría ser considerado exitoso*. En la medida en que pretenden sacudir a las autoridades de la inercia en la que se hallan sumergidas y dado que suelen promover valores contrarios a la ética dominante, estas decisiones no provocan de manera inmediata las hondas transformaciones que persiguen. Es preciso aguardar cierto tiempo para que funcione el engranaje social, político y jurídico que dichas decisiones tratan de poner en movimiento. Mientras esto último ocurre —en el supuesto en que, efectivamente, dicho propósito sea conseguido— es posible que el comportamiento de los actores involucrados no se modifique o que, en el peor de los casos, aflore algún tipo de oposición a las reformas proyectadas por los tribunales. En este orden de ideas, si la eficacia de los fallos estructurales ha de ser evaluada únicamente con base en los estrictos criterios planteados por el modelo neorrealista, ninguna de estas intervenciones habrá de ser considerada efectiva.

### **(5.2.) Tipología de los efectos de las sentencias estructurales según el constructivismo**

Es necesario, entonces, adoptar una perspectiva más amplia capaz de registrar las diferentes repercusiones que producen los fallos estructurales. De acuerdo con el modelo constructivista, a las consecuencias documentadas por los neorrealistas —que aquí reciben el nombre de *efectos instrumentales*— es preciso añadir dos nuevas categorías: *efectos indirectos* y *efectos simbólicos*. En el primer conjunto se encuentran los resultados que «sin estar estipulados en las órdenes judiciales, se derivan de la sentencia y afectan no solo a los actores del caso, sino a cualquier otro actor social»<sup>412</sup>. Se trata de todos aquellos cambios en la conducta de los sujetos involucrados en estas controversias que, si bien no fueron prescritos por los tribunales, ocurren con ocasión de la aprobación de los fallos estructurales. Lo anterior se ejemplifica en la creación de asociaciones ciudadanas cuyo objetivo es vigilar la implementación de estas órdenes, tal como acaeció en Colombia a raíz de la aprobación de la sentencia T-025 de 2004. Según veremos más adelante, poco después de la expedición del fallo, un grupo conformado por académicos y por representantes de la Iglesia y de organizaciones sociales decidieron fundar una Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado<sup>413</sup>. La creación de esta organización, cuya labor se ha tornado fundamental tanto para las víctimas del desplazamiento como para la propia Corte Constitucional, es un resultado que no fue previsto por los jueces que declararon la existencia de un *estado de cosas inconstitucional* en el país latinoamericano. No obstante, debido a su innegable importancia, se debe tener en cuenta como una de las consecuencias *indirectas* del fallo estructural.

Junto a la categoría de los efectos indirectos encontramos el grupo de los efectos simbólicos, en el que se inscriben los cambios de opinión y de percepción que producen los fallos estructurales tanto en los sujetos involucrados en estas controversias como en la ciudadanía en general. Según lo recuerda GARCÍA VILLEGAS, las decisiones judiciales

---

<sup>412</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., p. 24.

<sup>413</sup> La Comisión de Seguimiento ha publicado informes periódicos sobre el cumplimiento de las órdenes impartidas y sobre la situación general en que se halla la población desplazada. Debido a la rigurosidad de dichos informes y al prestigio intelectual de quienes han participado en su elaboración, la Corte Constitucional acostumbra tenerlos en cuenta para llevar a cabo la evaluación del cumplimiento del fallo. Del mismo modo, suele pedir a la Comisión que rinda conceptos sobre asuntos específicos que le interesan y, sin excepción, convoca a sus delegados para que intervengan en las audiencias públicas de seguimiento que son organizadas por el Tribunal.

transmiten ideas, consignas y mensajes que moldean el comportamiento de los ciudadanos. Al declarar la inconstitucionalidad de las leyes que discriminan a la mujer, por ejemplo, los tribunales no solo cumplen el encargo de asegurar la eficacia normativa del derecho a la igualdad. Adicionalmente, anuncian a los ciudadanos que tales prácticas son incompatibles con los valores acogidos por el sistema jurídico; advierten a las víctimas que tienen derecho a reclamar un trato igualitario; fomentan la creación de una imagen diferente de la mujer; empoderan a las organizaciones dedicadas a la protección de sus intereses y contribuyen a la formación de una sólida conciencia de derechos. Estos efectos, a los que se suman todos aquellos que conlleven un cambio en la percepción de los ciudadanos, se agrupan en el conjunto de los resultados simbólicos<sup>414</sup>.

Al hilo de este planteamiento, los efectos simbólicos producidos por los fallos estructurales tendrían una relevancia indiscutible, pues contribuirían a la inclusión de estos problemas en la agenda política de los países, crearían incentivos para que los actores políticos se ocupen de ellos y forjarían un entorno cultural favorable para que las transformaciones sean llevadas a la práctica de manera efectiva. En definitiva, los efectos simbólicos tendrían una repercusión potencialmente superior a la de los efectos indirectos e instrumentales<sup>415</sup>. De ahí que los constructivistas hagan hincapié en estas consecuencias y resten importancia a los resultados instrumentales.

### ***(5.3.) La perspectiva compleja con énfasis en la víctima***

A pesar de la superioridad del enfoque constructivista, quienes lo han adoptado en sus investigaciones han incurrido en un error comparable al que ellos mismos han reprochado a los neorrealistas. Al concentrar su atención en el análisis de un cierto tipo

---

<sup>414</sup> A juicio de GARCÍA VILLEGAS, la existencia de dichos efectos pone en evidencia que el derecho, y también las decisiones judiciales en su calidad de productos jurídicos, no solo logran la realización de sus fines mediante la coacción y el apremio. Por el contrario, tales propósitos se consiguen de manera mucho más eficaz al emplear la fuerza simbólica, esto es, la capacidad de inocular ideas y representaciones en los ciudadanos a través del uso de los instrumentos jurídicos: «La fuerza social del derecho no se limita a la imposición de un comportamiento o a la creación de un cierto estado de cosas. La fuerza del derecho también se encuentra en su carácter de discurso legal y de discurso legítimo: en su capacidad para crear representaciones de las cuales se deriva un respaldo político; en su aptitud para movilizar a los individuos en beneficio de una idea o de una imagen». GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 46.

<sup>415</sup> En resumen, tal como ha sido apuntado por el autor en comentario «en estos casos la eficacia del derecho proviene más de lo que este evoca, de lo que inspira, que de lo que ordena o establece». GARCÍA VILLEGAS, Op. Cit., p. 42.

de consecuencias, han perdido de vista una parte trascendental del amparo estructural, lo que ha convertido a algunas de sus indagaciones en aproximaciones fragmentarias o parcializadas. Más concretamente, al atribuir una desproporcionada importancia a los efectos indirectos y simbólicos, han descuidado el análisis de las consecuencias concretas que los fallos estructurales traen a quienes padecen la violación de sus derechos. Tal desequilibrio puede llevar a que intervenciones judiciales que únicamente consiguen efectos inmateriales, como la modificación de la opinión pública, sean consideradas exitosas pese a que la realidad objetiva de las víctimas permanezca intacta.

Si bien los efectos indirectos y simbólicos tienen una relevancia indiscutible, no deben ser analizados como acontecimientos abstractos cuya eficacia puede ser establecida al margen de la realidad material en el que ellos emergen. Antes bien, es preciso determinar si dichos resultados han logrado obrar cambios materiales que favorezcan de modo tangible a quienes reclaman la protección de sus derechos. A manera de ejemplo, es menester examinar si la eventual modificación de la opinión pública ha traído como consecuencia la elección de candidatos y partidos políticos verdaderamente comprometidos con el cumplimiento de los fallos estructurales. De igual manera, sería necesario definir si tales cambios en la percepción ciudadana han logrado impulsar reformas concretas, tal como ocurriría en el supuesto en que el Legislativo se viese abocado a tramitar proyectos de ley en la materia debido a la presión ejercida sobre este. Pues en la hipótesis en que los efectos indirectos y simbólicos no logren provocar estas consecuencias ulteriores, su aparición en las sociedades resulta por completo irrelevante.

Esto es así debido a que el mero surgimiento de estos efectos no trae consigo modificaciones reales en las condiciones de vida de las víctimas de los bloqueos institucionales ni cambios en el proceder de las autoridades. Para que ello ocurra es menester que estos efectos logren desencadenar de manera efectiva los procesos de transformación social y cultural que se refieren en esta investigación. De no conseguir estas reacciones, los efectos simbólicos e indirectos no serían más que victorias emblemáticas que únicamente servirían a quienes defienden en abstracto la realización de estas intervenciones, mas no a los individuos que aguardan la protección efectiva de sus derechos.

En consecuencia, la evaluación de la eficacia de los fallos estructurales tendría que ser realizada desde una postura ecléctica que recogiera las contribuciones hechas

por los enfoques neorrealista y constructivista. Dicha mirada, a la que convendría el nombre de *perspectiva compleja con énfasis en la víctima*, procuraría abarcar todas las consecuencias instrumentales, simbólicas e indirectas que surgen como consecuencia de estas intervenciones. La particularidad de dicha aproximación consiste en que tales efectos son examinados a la luz de la influencia real que ellos ejercen sobre las circunstancias que enfrentan los titulares de los derechos infringidos. En ello radica el especial *énfasis en la víctima* que propone este modelo, pues se exige que en ningún momento se pierda de vista su situación ni la manera en que las referidas consecuencias alteran sus condiciones de existencia.

Este cambio de perspectiva no afecta únicamente el método empleado para el análisis de los efectos simbólicos e indirectos. Los resultados instrumentales también tendrían que ser sometidos a dicho escrutinio para que se verifique si los cambios impuestos en el comportamiento de las autoridades son capaces de generar las transformaciones sustanciales que persiguen. De tal suerte, las actuaciones presentadas por las autoridades como prueba del cumplimiento de las órdenes estructurales tendrían que demostrar su incidencia real en la modificación de dichas situaciones. En ese sentido, además de ofrecer a los tribunales indicadores positivos de gestión, tales como el incremento del presupuesto destinado a estos asuntos o la creación de dependencias dedicadas a la implementación de los fallos, es menester que acrediten el impacto material que dichas medidas ejercen en la vida cotidiana de las víctimas<sup>416</sup>.

El énfasis en la situación de la víctima no supone un retorno encubierto al neorrealismo. Pues la característica más propia de este enfoque es la conjetura según la

---

<sup>416</sup> Dicho en términos técnicos, sería necesario que los Gobiernos obtuvieran resultados positivos tanto en los indicadores *estructurales* como en los *de proceso*. Sin embargo, sería indispensable que obtuvieran una calificación sobresaliente en los medidores *de resultado*, que son los que finalmente evalúan «el estado de realización [efectiva] de un derecho humano en un determinado contexto». Los dos primeros criterios buscan establecer si se han emprendido actuaciones que, en abstracto, aseguran la protección de los derechos. Los indicadores estructurales, en primer lugar, permitirían determinar si se han realizado las reformas normativas e institucionales necesarias para ajustar el ordenamiento y la estructura del Estado para atender estas contingencias. Por su parte, los indicadores de proceso «analizan políticas estatales directamente relacionadas con el cumplimiento de las obligaciones en derechos humanos por los Estados y comprenden los programas públicos e intervenciones específicas que un Estado adopta para realizar un determinado derecho». Así pues, los indicadores de resultado establecerían cuál es el grado de protección efectiva que tales medidas producen respecto de los derechos vulnerados. UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y SÁNCHEZ LEÓN, CAMILO, «Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana», en ABRAMOVICH, VÍCTOR Y PAUTASSI, LAURA (comp.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, pp. 295-328. Ver también PÉREZ MURCIA, LUÍS, UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia, 2007.

cual el movimiento de una única pieza —valga decir, la expedición de una sentencia judicial— es capaz de desatar modificaciones sociales, políticas y culturales que, por su naturaleza, se encuentran más allá del control de los tribunales. Por el contrario, el modelo de análisis que aquí se defiende reconoce que la eficacia de las intervenciones judiciales no depende únicamente de las actuaciones desplegadas por los operadores jurídicos. Siguiendo en ello los postulados del constructivismo, advierte que dichas transformaciones requieren el despliegue de otros procesos concurrentes que pueden ser estimulados, mas no encauzados hasta sus últimas consecuencias, a través de los fallos estructurales. De ahí que esta aproximación reciba el nombre de *perspectiva compleja con énfasis en la víctima*, ya que pone de presente que el cumplimiento de las sentencias supone una ardua labor que demanda tiempo y un decidido compromiso de parte del Estado y de otros actores sociales.

En estos términos se deja planteado el enfoque que será utilizado en este capítulo para examinar la eficacia del amparo estructural de los derechos. Para emprender dicha tarea se ha decidido analizar los tres casos más representativos del amparo estructural, que son, a su vez, los ejemplos jurisprudenciales utilizados con mayor frecuencia en el curso de esta investigación. Se trata de los procesos *Brown v. Board of Education*, *Grootboom v. la República de Sudáfrica* y la sentencia *T-025 de 2004*. El lector que ha seguido hasta este punto esta investigación se encontrará plenamente familiarizado con estas decisiones.

Al carácter emblemático de estas decisiones y a la ventaja que ofrece el hecho de haber sido analizadas previamente, habría que añadir los dos siguientes motivos: en primer lugar, la diversidad de los ordenamientos jurídicos de los que cada una procede permite obtener una imagen relativamente amplia de la eficacia del fenómeno. Dicho de otro modo, en la medida en que provienen de tradiciones jurídicas de diferente cuño, su estudio en conjunto brinda conclusiones más globales, y por tanto más ciertas, de las que podríamos conseguir al llevar a cabo un análisis especializado en un tribunal o en una región específica. En segundo término, debido a la relevancia de estas decisiones y al tiempo que ha transcurrido desde su aprobación, existe un material bibliográfico suficiente y un lapso adecuado para adelantar este examen. Sin más preámbulos, esta indagación empieza con el estudio del proceso de implementación de *Brown v. Board of Education*.



#### (5.4.) *Implementación de Brown v. Board of Education*

La intervención judicial más ambiciosa en la historia de los Estados Unidos inició con la aprobación de dos decisiones judiciales. La primera de ellas<sup>417</sup> declaró que la doctrina *separados pero iguales* no era aplicable al campo de la educación pública<sup>418</sup>. La Corte Suprema de Justicia arribó a esta conclusión luego de advertir que la separación de los estudiantes con base en criterios raciales provocaría sentimientos de inferioridad que los niños marginados difícilmente superarían al llegar a la edad adulta. Adicionalmente, apuntó que la segregación obstaculizaría el adecuado desarrollo académico y mental de los menores y les arrebataría buena parte de los beneficios que obtendrían en un ambiente escolar integrado. Con fundamento en estas razones declaró que «los demandantes y los demás [niños] que estén en una situación similar a la de aquellos por quienes se ha interpuesto esta acción, están privados, por razón de la segregación cuestionada, de su derecho a la igual protección frente a la ley garantizado por la Enmienda XIV».

Debido a la dificultad que suponía la elaboración de órdenes concretas para la implementación de esta sentencia, los magistrados resolvieron posponer la decisión definitiva del caso. Para tal fin, solicitaron a las partes pronunciamientos sobre cuestiones específicas y exhortaron al Fiscal General y a los fiscales de los estados involucrados para que intervinieran en esta nueva fase del proceso. Un año después de esta primera decisión, la Corte emitió una sentencia ulterior —conocida como *Brown II*<sup>419</sup>— en la que dispuso delegar el diseño de dichos remedios a los tribunales que conocieron originalmente las demandas. Su proximidad con las circunstancias particulares de cada estado, el minucioso conocimiento que tendrían sobre el

---

<sup>417</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 17 de mayo de 1954, caso 347 U.S. 483 (1954), asunto *Brown vs. Board of Education*.

<sup>418</sup> Esta doctrina había sido acogida por la Corte Suprema desde el fallo *Plessy vs. Ferguson* cuando manifestó que el establecimiento de tratamientos diferenciados para la población afrodescendiente no necesariamente acarrearía una violación a la Enmienda XIV que consagra la *equal protection clause*. Desde entonces, la Corte utilizó la fórmula *separados pero iguales* para declarar la validez de las normas que permitieran este tipo de distinciones, siempre que se asegurara que los afrodescendientes contaban con la oportunidad de ejercer los mismos derechos en condiciones similares, o al menos comparables, a las ofrecidas a las personas blancas. Si bien advirtió que el objetivo de la Enmienda apuntaba a establecer la igualdad absoluta de los ciudadanos ante la ley, indicó que «según la naturaleza de las cosas, [la enmienda] no pudo haber pretendido abolir las distinciones basadas en el color, o promover la igualdad social —que es distinta a la política— o una mezcla de las dos razas que sería insatisfactoria para ambas». Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 18 de mayo de 1896, caso 164 U.S. 537 (1896), asunto *Plessy vs. Ferguson*.

<sup>419</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 31 de mayo de 1955, caso 349 U.S. 294 (1955), asunto *Brown vs. Board of Education*.

funcionamiento del sistema educativo en su territorio y la eventual necesidad de llevar a cabo audiencias adicionales persuadieron a los magistrados de adoptar dicha medida. De tal suerte, los tribunales estatales se encargaron de discernir las órdenes correspondientes y de llevar a cabo el seguimiento de las actuaciones emprendidas por las autoridades. La única directriz que recibieron de la Corte para cumplir este encargo fue la orden de proceder con la máxima celeridad [*with all deliberate speed*] para conseguir la completa desegregación del sistema educativo.

Los estudios realizados en la materia coinciden en señalar que dicho proceso recibió un enérgico impulso de parte del Congreso y del Ejecutivo a partir de la década de los sesenta. En el año 1964, como resultado de una iniciativa legislativa promovida por JOHN F. KENNEDY, fue aprobada la Ley de los Derechos Civiles [*Civil Rights Act*]<sup>420</sup>. La ley en cuestión proscribió la aplicación desigual de los requisitos de registro de votantes que hasta entonces había impedido la participación de los afrodescendientes en las elecciones. De igual manera, prohibió la discriminación basada en criterios como la raza, la religión, el sexo o el origen nacional dentro de los ámbitos de la educación pública, el trabajo y los establecimientos que sirvieran al interés general —valga decir, hoteles, restaurantes, teatros y demás lugares abiertos al público—. En lo que atañe a la desegregación de las escuelas oficiales, la ley encomendó al Fiscal General la labor de interponer demandas en contra de las autoridades que rehusaran dar cumplimiento a dicho mandato. A su vez, autorizó al Gobierno a interrumpir la entrega de recursos provenientes de fondos federales que fuesen destinados a escuelas que no acataran los lineamientos contenidos en la ley.

Un año después, el Congreso aprobó a instancias del presidente Lyndon Johnson la Ley de Educación Básica y Secundaria [*Elementary and Secondary Education Act*]<sup>421</sup>. La ley pretendía mejorar el financiamiento de las escuelas públicas y reducir la brecha del desempeño académico de los estudiantes provenientes de grupos tradicionalmente excluidos por la sociedad norteamericana. En atención a que el programa de asistencia federal apuntaba al mejoramiento de las finanzas de las escuelas con menores ingresos, los Estados del sur eran los destinatarios naturales de dicha iniciativa. Sin embargo, el Legislador y las autoridades responsables de su

---

<sup>420</sup> Ley del Congreso de los Estados Unidos número 88-352, *United States Statutes at Large* 241, promulgada el 2 de julio de 1964.

<sup>421</sup> Ley del Congreso de los Estados Unidos número 89-10, *United States Statutes at Large* 27, promulgada el 11 de abril de 1965.

implementación adoptaron medidas para excluir de dichos beneficios a los planteles que conservaran prácticas discriminatorias. Tales condicionamientos forzaron la adhesión de las autoridades académicas y estatales al proyecto de desegregación escolar promovido desde Washington<sup>422</sup>.

En opinión de los constructivistas, la promulgación de estas leyes fue posible gracias a las reformas políticas y sociales que habría desencadenado *Brown* diez años atrás. Según esta mirada, el fallo habría creado un entorno propicio que, de no haber existido, hubiese impedido la aparición de tales iniciativas. Los neorrealistas, por su parte, niegan que la Corte Suprema haya contribuido en modo alguno a la producción de este resultado. A su juicio, la movilización social liderada por MARTIN LUTHER KING, el asesinato del primer presidente que rechazó de manera enfática la discriminación racial y la enorme presión ejercida sobre el Congreso y el Ejecutivo debido a la brutal represión policial que opusieron las autoridades sureñas a las manifestaciones pacíficas habrían sido las verdaderas causas de la expedición de dicha normativa.

En cualquier caso, lo cierto es que durante toda una década —correspondiente a los años 1954-1964— la Corte Suprema de Justicia y los tribunales estatales llevaron a cabo este proceso en solitario. GERALD ROSENBERG<sup>423</sup> Y MICHAEL KLARMAN<sup>424</sup> han aprovechado esta circunstancia para evaluar los resultados obtenidos cuando los tribunales eran los únicos implicados en esta empresa. En *The Hollow Hope*, obra cuyo título refleja de entrada la postura defendida por el autor, ROSENBERG adelanta un minucioso análisis cuantitativo sobre los resultados obtenidos en dicho lapso y los compara con los que aparecieron luego del involucramiento de los otros dos poderes del Estado. De ser cierta la hipótesis formulada por los defensores de esta intervención —

---

<sup>422</sup> Para concluir esta presentación de los cambios normativos acaecidos en la década de los sesenta, es necesario hacer referencia a la expedición de una ley que, en apariencia, no guarda relación directa con la implementación de *Brown*. Se trata de la Ley de Derechos Electorales [*Voting Rights Act*], promulgada en el año 1965. Entre las medidas consignadas en ella sobresale la prohibición impuesta a los estados y a los gobiernos locales que les impide aprobar normas que discriminen a los ciudadanos por su raza o por el hecho de pertenecer a una minoría lingüística. En esta misma dirección, la ley prohibió cualquier tipo de controles, tales como las pruebas de lectoescritura practicadas de manera extensiva en el sur para obstaculizar la participación de la población afrodescendiente, que fomentaran la discriminación en los comicios electorales. Si bien dicha ley no incidió de manera directa en la implementación del fallo, no cabe duda de que ejerció una honda influencia en el movimiento de los derechos civiles. Al respecto, ver Ley del Congreso de los Estados Unidos número 89-110, *United States Statutes at Large* 437, promulgada el 6 de agosto de 1965.

<sup>423</sup> ROSENBERG, Op. Cit.

<sup>424</sup> KLARMAN, MICHAEL, «Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement», en *Virginia Law Review*, vol. 80, n.º 1, 1994, pp. 7-150.

apunta ROSENBERG—, durante los diez años que transcurrieron después de la aprobación de *Brown* tendría que haberse producido algún cambio positivo en la materia. Sin embargo, con base en la información recabada, el autor concluyó que el Poder Judicial consiguió «prácticamente nada» [*virtually nothing*]<sup>425</sup> antes de recibir el apoyo de las demás autoridades. Por su importancia, a continuación se realiza una presentación del análisis hecho por ROSENBERG.

A fin de evaluar la implementación de la sentencia, el autor toma como referencia el lapso comprendido entre los años 1954, en el que fue expedido el fallo, y 1973<sup>426</sup>. En el período académico inmediatamente posterior a la aprobación de *Brown I* (1954-1955), el porcentaje de niños negros que asistían a escuelas públicas para estudiantes blancos en los estados del sur era de tan solo 0,001%, correspondiente a un total de 23 menores. Tales cifras reflejan la extrema gravedad de la situación enfrentada por la Corte y señalan, a su vez, el punto de partida desde el que inició la intervención judicial.

En el período siguiente (1955-1956) dicho porcentaje ascendió a un 0,12%, debido al ingreso de 2.782 niños afrodescendientes. En el término ulterior (1956-1957) el porcentaje fue de 0,14%, que equivalió a un número de 3.514 menores. Por su parte, en el período académico 1957-1958 la aludida proporción fue del 0,15%, porcentaje que revela la asistencia de 3.829 niños afrodescendientes en escuelas que habían sido destinadas anteriormente a la población blanca. Dicha tendencia se mantuvo alrededor del 1% hasta el período académico 1963-1964, durante el cual fue expedida la Ley de los Derechos Civiles.

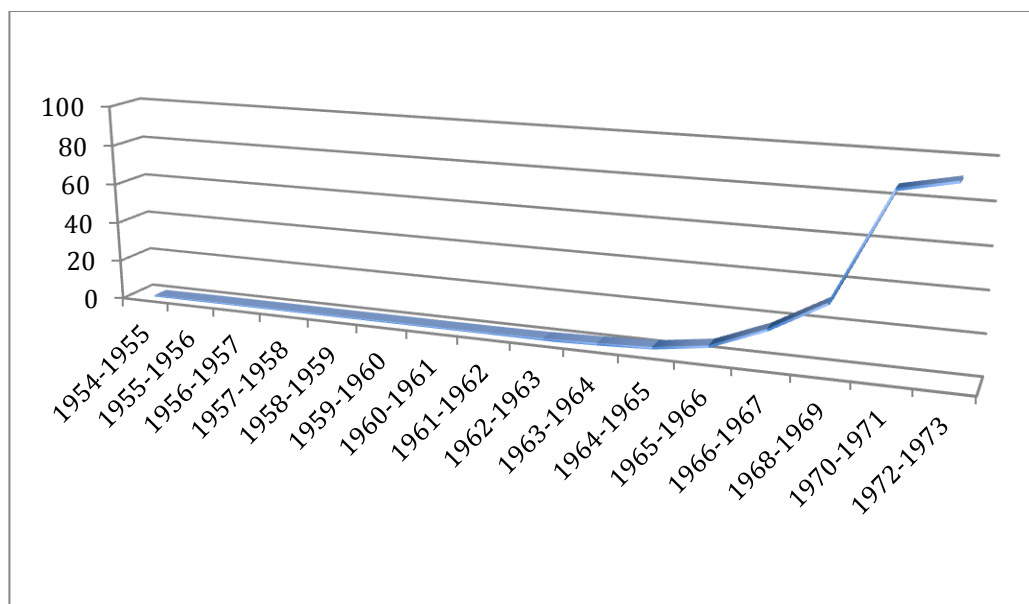
A partir de aquel momento se produjo un cambio que alteró de manera radical los resultados obtenidos hasta entonces: en el período 1964-1965 se presentó un incremento cercano al 100% del número de niños afrodescendientes matriculados en estas escuelas, que pasó de 34.105 (1,2%) a 66.135 (2,3%). Esta última cifra se multiplicó por tres el año posterior (1965-1966), con un ascenso de 188.308 estudiantes (6,1%). Un incremento similar se presentó en el término 1966-1967, elevando la cantidad de niños afrodescendientes a 489.900 (16,9%). Dicha tendencia de ascenso

---

<sup>425</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 52.

<sup>426</sup> La información empleada por ROSENBERG para realizar este estudio se obtuvo del *Southern Education Reporting Service*, la Comisión de los Estados Unidos sobre los Derechos Civiles y el Departamento de los Estados Unidos para la Salud, la Educación y el Bienestar.

exponencial se mantuvo hasta el final del lapso analizado por ROSENBERG, correspondiente al período 1972-1973, en el que el número de niños afrodescendientes llegó a 2.886.300, lo que representaba un histórico porcentaje del 91,3% del total de los niños afrodescendientes. El gráfico que se presenta a continuación ilustra el desarrollo del referido proceso de desegregación escolar en los estados del sur<sup>427</sup>.



El gráfico pone en evidencia que el efecto instrumental perseguido por las autoridades judiciales, consistente en promover la integración racial en las escuelas públicas de los Estados Unidos, apenas fue realizado de manera perceptible durante la década en la que estas asumieron el liderazgo del proyecto en solitario. Dicho resultado únicamente fue conseguido cuando los poderes Ejecutivo y Legislativo resolvieron tomar parte en esta empresa<sup>428</sup>.

<sup>427</sup> El gráfico ha sido elaborado con base en la información recolectada en la obra en cuestión. ROSENBERG, Op. Cit., p. 50 y 51.

<sup>428</sup> Una clara muestra de ello se encuentra en las cifras correspondientes al período académico 1964-1965, durante el cual el incremento del número de estudiantes afro por poco consigue igualar la cifra alcanzada por los tribunales en el transcurso de diez años, mientras que fue necesario aguardar el paso de dos lustros para alcanzar el número de 34.105 estudiantes, una cifra cercana, correspondiente a 32.030 alumnos fue obtenida en el curso de un solo año. Desde entonces, según se puede corroborar en la gráfica, el proyecto de erradicar la segregación racial de las escuelas norteamericanas conoció un éxito que difícilmente puede ser asociado a las acciones emprendidas durante sus primeros años. En opinión del autor, la prueba más concluyente de la eficacia de la intervención realizada por las autoridades representativas se encuentra en las cifras del período que cierra el intervalo examinado: al cabo de un período inferior a diez años, contado desde la expedición de la Ley de los Derechos Civiles, el número de niños afrodescendientes que compartían aulas con estudiantes blancos era de 2.886.300. Esto último significa que, en un lapso menor al que tuvo el Poder Judicial para obrar por su cuenta, el porcentaje de niños afro que permanecían en escuelas segregadas fue reducido a apenas un 8,7% del total de niños negros que asistían a las escuelas oficiales del sur.

A juicio de ROSENBERG, una de las causas más determinantes del súbito cambio que ocurrió a partir de 1964 fue el condicionamiento del desembolso de los recursos federales a la desegregación de las escuelas públicas. Según fue señalado antes, tanto la Ley de los Derechos Civiles como la Ley de Educación Básica y Secundaria prohibieron de manera expresa la destinación de estos fondos a las instituciones de enseñanza oficial que se opusieran a la integración racial<sup>429</sup>. La difícil situación económica que atravesaban entonces los estados sureños hizo de tales incentivos una oferta irresistible. En estos términos, la urgencia de recibir fondos que contribuyeran a elevar el desempeño académico de la región, que se encontraba muy por debajo de la media nacional, y la rápida dependencia económica que desarrollaron los planteles al recibir tales subsidios fueron motivos suficientes para que las autoridades locales decidieran sumarse al proyecto de erradicación de la discriminación racial<sup>430</sup>.

En contra de las expectativas del constructivismo, la expedición de *Brown* habría ejercido una influencia negativa en el desarrollo de los acontecimientos sociales y políticos que, a juicio de ROSENBERG, presagiaban una pronta y espontánea erradicación del supremacismo blanco. De acuerdo con este planteamiento, el fallo habría radicalizado la postura de quienes se oponían a la integración racial y habría convertido en una popular causa política la lucha en contra de esta iniciativa. Como prueba de este fenómeno, Rosenberg destaca la firma de la *Declaración de Principios*

---

<sup>429</sup> El título IV de la ley de 1964 proscribía la financiación de «cualquier programa o actividad» que discriminara a sus beneficiarios con fundamento en «la raza, el color o el origen nacional». Por su parte, la Ley de Educación ofreció asistencia financiera procedente del tesoro federal a los distritos escolares con altos porcentajes de niños con bajos recursos. Gracias a la implementación de este último programa, a partir del año 1965 se puso a disposición de las escuelas oficiales una cuenta que recibía desembolsos anuales superiores a la cifra de 1.000 millones de dólares. No obstante, debido al origen federal de dichos recursos, las escuelas y las autoridades educativas tenían que demostrar que la composición racial de los planteles satisfacía las exigencias establecidas en la Ley de los Derechos Civiles.

<sup>430</sup> Resulta oportuno señalar que el estudio de ROSENBERG no se limita a examinar la eficacia de la intervención llevada a cabo por los tribunales en el ámbito escolar. Además de ello, el autor analiza los resultados obtenidos por la jurisprudencia en otros campos en los que también se había enquistado el prejuicio de la supremacía blanca. Escenarios como la participación política, el servicio de transporte, el mercado inmobiliario y el espacio público dispuesto para el uso de los ciudadanos, se vieron contaminados por este mismo lastre y propiciaron, a su vez, actuaciones judiciales que procuraron poner fin a la segregación. De acuerdo con los hallazgos plasmados en *The Hollow Hope*, en todos estos casos el patrón descubierto en *Brown vs. Board of Education* se habría repetido con mínimas variaciones: la Corte Suprema de Justicia emitió sentencias que ordenaban a las autoridades adoptar medidas encaminadas a garantizar los derechos de la población afrodescendiente. Los efectos instrumentales perseguidos por el Tribunal no aparecieron hasta que el Congreso y el Ejecutivo resolvieron colaborar en su realización. Según esto, a excepción de lo ocurrido en el mercado inmobiliario, en el que ha sido imposible dismantelar las tácitas fronteras que separan los barrios según criterios raciales, en cada una de estas materias se han alcanzado triunfos que serían atribuibles principalmente a las autoridades representativas, y no tanto a los esfuerzos desplegados por los jueces.

*Constitucionales*, documento que ha pasado a la historia norteamericana bajo el nombre de *Manifiesto del Sur*. En él un grupo conformado por casi la totalidad de los representantes de los estados sureños en el Congreso de la Unión expresó su enérgico rechazo a la aprobación de *Brown v. Board of Education*. En opinión de los 101 congresistas que lo suscribieron, la sentencia constituía un «claro abuso del Poder Judicial» que carecía de fundamento normativo, razón por la cual exhortaron a las autoridades estatales a impedir su aplicación en sus territorios. En este mismo sentido, manifestaron que harían uso de «todos los recursos legales disponibles para anular esta decisión —que es abiertamente contraria a la Constitución— y para prevenir el uso de la fuerza en su implementación»<sup>431</sup>.

El desafío a la Corte Suprema de Justicia encontró una amplia acogida entre los estados de los que eran oriundos los signatarios del manifiesto. Tanto los gobernadores en ejercicio como los candidatos a sucederlos hicieron de la renuencia a obedecer el fallo su principal arma política en las contiendas electorales<sup>432</sup>. Para el año 1957, esto es, solo tres años después de la expedición de *Brown*, ya habían sido aprobadas 136 reformas normativas en los estados del sur con el fin de preservar la segregación racial. De ahí que en este territorio se hiciera popular el dicho «en la medida en que podamos legislar, podremos segregar»<sup>433</sup>.

---

<sup>431</sup> Además de las versiones disponibles en internet, el manifiesto puede ser consultado en HARRIS, DOUGLAS Y LONCE, BAILEY, *The Democratic Party: Documents Decoded*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2014, p. 85-87.

<sup>432</sup> El discurso pronunciado por GEORGE WALLACE el 14 de enero de 1963 durante la ceremonia en que fue nombrado gobernador del estado de Alabama refleja el clima de hostilidad en contra del proyecto de integración racial. En dicha ocasión, WALLACE manifestó lo siguiente: «En el nombre de las mejores gentes que han pisado esta tierra, yo trazo la línea en la arena y lanzo el guante a los pies de la tiranía y digo *segregación hoy, segregación mañana, segregación siempre*». MARABLE, MANNING, *Race, Reform, and Rebellion: The Second Reconstruction and Beyond in Black America*, 3ra. Ed, Jackson, University Press of Mississippi, 2007, p. 68.

<sup>433</sup> Según ha sido referido por PATTERSON, en el estado de Georgia se introdujo una modificación en el código penal estatal para convertir en delito la conducta consistente en destinar recursos públicos a escuelas desegregadas. En Mississippi y Luisiana se aprobaron leyes que prohibieron de manera expresa la integración racial en los planteles educativos. En Carolina del Sur fue derogada la ley que ordenaba la asistencia escolar obligatoria y se prohibió a los docentes adherir a la NAACP. En Virginia se autorizó el cierre de las escuelas públicas que recibieran el mandato judicial de admitir a estudiantes afrodescendientes y se aprobó la creación de subsidios escolares para niños blancos en escuelas privadas segregadas. En Luisiana el número total de dichas escuelas pasó de 16 a 53 en menos de diez años luego de la aprobación de *Brown*<sup>433</sup>. En conclusión, los territorios que cien años atrás se habían enfrentado a los estados del norte vindicando la esclavitud y la servidumbre, se conjuraron de nuevo para contener el avance de la jurisprudencia progresista. PATTERSON, JAMES, *Brown vs. Board of Education: A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001, p. 99.

En este mismo sentido, KLARMAN manifestó que la Corte Suprema de Justicia habría extremado la tensión racial existente en el sur y, de tal manera, habría desencadenado la espiral de violencia que ocurrió en esta época<sup>434</sup>. En otras palabras, al apresurar un cambio social para el que la sociedad sureña no se encontraba aún preparada, el Tribunal habría dispuesto lo necesario para que su reacción fuese obcecada y virulenta.

Gracias al cubrimiento televisivo de movilizaciones que mostraban la represión brutal y desproporcionada de la policía en contra de las manifestaciones pacíficas en favor de los derechos civiles, como la marcha de Selma a Montgomery o la Campaña de Birmingham, los norteamericanos tuvieron noticia de lo que estaba ocurriendo en la región. El cambio de postura de las autoridades representativas que permitió la aprobación de la Ley de los Derechos Civiles se habría dado, entonces, por cuenta de la presión ejercida por los ciudadanos que súbitamente dirigieron una mirada de preocupación y reproche hacia el sur y, particularmente, debido a la urgencia de evitar un baño de sangre de mayores proporciones. De ahí que KLARMAN juzgue la expedición de *Brown* como un *aporte perverso* al movimiento de la igualdad racial pues exigió un alto precio de vidas humanas a cambio de obtener el respaldo de la nación y del establecimiento.

ROSENBERG, por su parte, afirma que si bien la escalada de hechos violentos fue el motivo real por el cual tanto el Congreso como el Ejecutivo decidieron intervenir con determinación en la materia, la expedición de *Brown* no habría tenido los efectos aciagos que le atribuye KLARMAN. A su juicio, la decisión únicamente habría ralentizado el desarrollo de un proceso social en curso que hubiese conducido a la desaparición del supremacismo blanco de la sociedad sureña<sup>435</sup>.

Al margen de sus posturas sobre el particular, los dos autores coinciden en señalar que el aludido proceso se hallaba en avanzado estado de gestación para el

---

<sup>434</sup> KLARMAN, Op. Cit., p. 11. Después de la aprobación de *Brown* se habría producido un incremento del número de personas afiliadas a organizaciones supremacistas —tales como el *Ku Klux Klan* y los *White Citizens Councils*— así como también un aumento de las actividades de hostigamiento, persecución y linchamiento contra los afrodescendientes. En este mismo sentido, ver ROSENBERG, Op. Cit., p. 82 y ss.

<sup>435</sup> Sobre el particular, ROSENBERG sostiene lo siguiente: «al agudizar la resistencia y elevar los miedos [de la población blanca] antes de que la fase activista del movimiento de los derechos civiles tuviera lugar, *Brown* pudo haber retrasado la consecución de los derechos civiles». ROSENBERG, Op. Cit., p. 156.



momento en que se produjo la intervención de la Corte<sup>436</sup>. De acuerdo con la exposición hecha por KLARMAN, se trataba de una transformación sigilosa que estaría obrando un profundo cambio en la sociedad estadounidense gracias a la acción de los siguientes factores: la activa participación de soldados afrodescendientes en el ejército norteamericano que combatió en la Segunda Guerra Mundial habría infundido en ellos un marcado sentimiento de orgullo que los habría impulsado a reclamar un trato igualitario al regresar a sus hogares; el discurso en contra de la superioridad racial aria que había sido utilizado por el ejército y por los políticos norteamericanos durante la guerra se estaba volviendo por aquella época en contra de los estadounidenses por permitir un fenómeno idéntico; la guerra fría, que se disputaba también en un ámbito moral, imponía un cambio drástico en la materia, pues los soviéticos estaban sacando provecho de la imagen negativa que generaba el racismo norteamericano en la opinión internacional; los afrodescendientes establecidos en los estados del norte, que habían obtenido una gran ascendencia social y política en aquella época, empezaban a exigir cambios en favor de la igualdad racial; la economía nacional, que reclamaba crecimiento y mayor dinamismo para superar los estragos de la guerra, descubrió que la incorporación de los afrodescendientes en el mercado laboral y del consumo podría contribuir a la realización de tales propósitos.

Todos estos elementos, entre otros tantos, se habrían articulado en un movimiento que —de manera irremediable, en opinión de los autores— hubiese conducido a la eliminación de la segregación racial. Si bien dicho resultado no hubiese iniciado en la década de los sesenta, como ocurrió debido a la espiral de violencia que hemos referido, con arreglo a este planteamiento, un desenlace similar hubiese ocurrido más adelante de forma relativamente espontánea. Según esto, aun sin la expedición de *Brown* —y, por tanto, sin la nociva radicalización que el fallo habría producido— el país hubiese alcanzado un estado de madurez social, económica y política que hubiese llevado a sus ciudadanos a abolir las prácticas del sistema *Jim Crow*<sup>437</sup>. Dicho proceso

---

<sup>436</sup> La diferencia entre uno y otro radicaría, entonces, en que KLARMAN niega que la expedición de *Brown* hubiese retardado la evolución del movimiento de los derechos civiles. Las conquistas obtenidas a partir de la segunda mitad de la década de los sesenta demostrarían que el fallo habría precipitado la marcha del proceso. Sin embargo, en opinión del autor, dicho logro habría sido una victoria pírrica teniendo en cuenta el alto precio que la población afrodescendiente debió pagar para obtener un resultado que hubiera aparecido de manera natural años más adelante.

<sup>437</sup> La expresión *Jim Crow* ha sido utilizada en los Estados Unidos para hacer referencia al conjunto de leyes y prácticas que fueron implementadas en el sur luego de la guerra de secesión con el objetivo de segregar el uso de los servicios e instalaciones públicas. Su difusión en Norteamérica se debe a la popularidad de un personaje teatral creado en el siglo XIX que tenía el mismo nombre, quien

habría sido interrumpido por la Corte, lo que habría remplazado la dinámica de evolución pacífica por una nueva lógica de confrontación y violencia<sup>438</sup>.

El argumento menos robusto del interesante planteamiento hecho por estos autores se encuentra en esta declaración. La postulación de un porvenir en el que habrían de aliviarse las tensiones raciales de manera sosegada y espontánea es tanto una aseveración ingenua como una especulación contrafáctica. En cuanto a lo primero, basta pensar en todo lo que se hallaba en juego con el movimiento de los derechos civiles para descartar la posibilidad de una renuncia voluntaria y reposada de los privilegios de los que disfrutaba la población blanca. Pues dicho movimiento no pretendía únicamente permitir el acceso igualitario a los bienes y servicios respecto de los cuales no existía competencia con los blancos, sino que buscaba promover la participación de los afrodescendientes en escenarios en los que su presencia generaría una mayor rivalidad entre quienes aspiraran a la asignación de bienes escasos (cupos en universidades públicas, adjudicación de empleos oficiales y, entre otras demandas, la posibilidad de postularse como candidatos en los certámenes electorales). En suma, dicha movilización perseguía una profunda redistribución del poder social, económico y político de la sociedad norteamericana que habría de perjudicar, naturalmente, al grupo racial que hasta entonces lo había detentado.

De ahí que no sea razonable afirmar que una transformación semejante estaba en camino de ocurrir de manera espontánea y sin mayores sobresaltos. Si bien los signos que ellos apuntan como síntomas de un incipiente cambio social llevan a pensar que dicha transición iba a ocurrir sin los estragos que acarreó la abolición de la esclavitud, de ello no se sigue que la élite blanca fuese a declinar sus prerrogativas sin oponer resistencia. Esto último se hace particularmente evidente en el caso de la región

---

representaba a los afrodescendientes como criaturas sin discernimiento y sin habilidades que permitieran su desempeño en labores diferentes al trabajo esclavo. Desde entonces, el término *Jim Crow* ha sido utilizado para referirse de manera despectiva a los afrodescendientes y, más adelante, para aludir a las leyes que discriminaban a dicha población.

<sup>438</sup> La postura asumida por KLARMAN sobre el particular se resume en las siguientes líneas: «*Brown* destruyó temporalmente la moderación racial en el sur y suspendió la incipiente mejora de las prácticas de *Jim Crow* que se venía presentando a lo largo del sur a finales de la década de los cuarenta y principios de los cincuenta. Del mismo modo, *Brown* produjo un ambiente político en el sur que alentó a los oficiales a hacer uso de tácticas violentas para reprimir las manifestaciones en favor de los derechos civiles, lo que horrorizó a los televidentes del norte, quienes, a su vez, se movilizaron para solicitar la erradicación del *Jim Crow*. Un profundo cambio racial hubiese ocurrido en el sur a largo plazo independientemente de la aprobación de *Brown*. las fuerzas implícitas que se dirigían en esta dirección eran muy poderosas para ser resistidas». KLARMAN, Op. Cit., p. 145.

meridional de los Estados Unidos, donde tales reformas en cualquier momento de la historia hubiesen provocado una tenaz oposición. Tal como lo apunta el propio ROSENBERG, todo ello se debe a la particular constitución de la cultura norteamericana, «una cultura en la cual la esclavitud había existido y en la que el *apartheid* existía en aquella época. [En la que, además,] las instituciones y las estructuras sociales de los Estados Unidos reflejaban una historia y un vivo compromiso con la discriminación racial»<sup>439</sup>.

Por último, el argumento en cuestión es una conjetura cuya demostración resulta imposible. ¿Qué nos obliga a pensar que los pequeños cambios que se empezaron a fraguar en la primera mitad del siglo XX habrían de desembocar en la radical transformación que proyectaba MARTIN LUTHER KING? Aun si, en gracia de discusión, la Corte no hubiese emitido el fallo ¿qué nos impide pensar que el referido proceso no hubiera sido dismantelado por la población blanca tan pronto advirtiera que sus intereses más valiosos podrían verse comprometidos, o cuando, sencillamente, tomara conciencia del inmenso poder que habría perdido de manera paulatina? A la vista de las enardecidas reacciones que produjo la aprobación de *Brown* en los estados del sur, es evidente que dicho proceso —si es verdad que este existía— era sumamente frágil e incipiente.

#### ***(5.4.1.) La postura constructivista frente a Brown***

Una vez concluida la presentación del diagnóstico elaborado por el neorrealismo, se procede a analizar la respuesta de los constructivistas a esta demoledora crítica a la intervención emprendida por la Corte. Inicialmente se examinarán las objeciones formuladas por MCCANN, quien parece valorar de manera positiva algunos de los hallazgos expuestos en *The Hollow Hope*, para pasar luego a las observaciones hechas por FEELEY, quien propone reparos mucho más contundentes en contra de dicha investigación.

A juicio de MCCANN<sup>440</sup>, la indagación conducida por Rosenberg presenta dos inconvenientes: en primer lugar, adopta una perspectiva vertical [*top-down*] centrada en los tribunales que impide captar la totalidad de los efectos de las intervenciones

---

<sup>439</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 82.

<sup>440</sup> MCCANN, MICHAEL, Op. Cit.

judiciales; en segundo término, incurre en una confusión conceptual que le lleva a equiparar los términos *impacto* y *cumplimiento*. En cuanto a lo primero, pese a que ROSENBERG contribuye a superar algunos elementos del *mito de los derechos* —entre ellos, el que afirma que los tribunales son capaces de transformar por su cuenta las sociedades— habría adoptado esta misma perspectiva al juzgar la mecánica de los ordenamientos jurídicos.

Con arreglo a este planteamiento, las sentencias judiciales serían decisiones adoptadas por élites que obran sin recibir ningún tipo de influencia de la ciudadanía o de los movimientos sociales. En ese sentido, tales decisiones reflejarían únicamente el criterio de los magistrados y su eficacia solo podría ser establecida con base en los cambios que aquellas suscitan en el proceder de los destinatarios de las órdenes<sup>441</sup>. Con fundamento en lo anterior, MCCANN concluye que el neorrealismo acoge una visión del poder atribuido a los tribunales según la cual este resulta «mecánico y unidireccional, [por lo que] tendría que ser verificable de manera directa en la modificación del proceder de la población a la que se dirige»<sup>442</sup>.

A juicio de MCCANN, «esta aproximación tiende a desconocer los términos recíprocos, interactivos y relacionales del poder constitutivo del derecho. Al reducir la acción del derecho a las élites judiciales, el enfoque *top-down* pierde de vista los sutiles pero significativos medios a través de los cuales las acciones judiciales [emprendidas por los demandantes] moldean el panorama estratégico dentro del cual los ciudadanos —categoría que incluye a las élites— negocian sus relaciones recíprocas con los demás como sujetos jurídicos»<sup>443</sup>. En definitiva, MCCANN reprocha a ROSENBERG el hecho de haber acogido una perspectiva *demasiado estrecha* que le impide avizorar las transformaciones paralelas —valga decir, los efectos indirectos y simbólicos— que el fallo habría producido al margen del efecto instrumental que perseguía<sup>444</sup>.

---

<sup>441</sup> De ahí que se hable de una *perspectiva vertical centrada en los tribunales*, pues dicha fórmula logra crear la imagen de una cima, sobre la que se alzan dichas corporaciones, desde la que se discierne y divulga el derecho. Como ocurre en el relato bíblico que refiere la historia de los mandamientos que fueron dictados desde una cumbre al pueblo hebreo, a los ciudadanos únicamente les tocaría en parte acatar o desobedecer tales preceptos. No estaría en sus manos la posibilidad de alterar o reencauzar el derecho, porque este último se difunde entre ellos como un objeto acabado al cual solo hace falta mostrar adhesión.

<sup>442</sup> Ídem, p. 290.

<sup>443</sup> Ídem, p. 291.

<sup>444</sup> MCCANN admite que el objetivo instrumental trazado por la Corte no fue cumplido de manera satisfactoria durante la primera década a la que alude ROSENBERG. Sin embargo, apunta que dicha

Esta observación conduce a la segunda crítica planteada por el autor. De acuerdo con el modelo de funcionamiento de la jurisprudencia que se acaba de describir, para ROSENBERG sería apenas obvio que la medición del acatamiento de las órdenes fuese el único método adecuado para determinar la eficacia de las sentencias judiciales. De ahí nace la confusión en que incurriría ROSENBERG entre *impacto* y *cumplimiento*. No obstante, conforme a la distinción subrayada por MCCANN, cada uno de estos conceptos hace alusión a realidades diferentes: el primero comprendería la totalidad de los efectos instrumentales, indirectos y simbólicos que aparecen con ocasión de la aprobación de los fallos, mientras que el segundo únicamente abarcaría únicamente los resultados instrumentales. Reiterando la opinión de BRIGHAM<sup>445</sup>, MCCANN sostiene que «el cumplimiento es una parte muy pequeña de las consecuencias políticas de las decisiones judiciales». En consecuencia, el principal defecto en el que habría incurrido ROSENBERG consiste en haber registrado apenas una reducida porción de los efectos provocados por *Brown*. Tal yerro sería el motivo fundamental por el que habría arribado a la conclusión según la cual la búsqueda de cambios sociales mediante la acción de los tribunales es una *esperanza hueca* [*a hollow hope*].

Un año después de la publicación de *The Hollow Hope*, MALCOLM FEELEY redactó un artículo titulado *Hollow Hopes, Flypaper and Metaphors*<sup>446</sup>. En él realizó un minucioso examen de las ideas defendidas por ROSENBERG y lo criticó por haber incurrido en la doble falta de haber adelantado una investigación prescindible y de no haber llevado a cabo la indagación que la asombrosa recopilación de datos contenida en *The Hollow Hope* hubiese permitido<sup>447</sup>.

---

circunstancia no es una prueba del pretendido fracaso de esta intervención, sino una muestra de «las limitaciones [que enfrentan] las autoridades judiciales. Los críticos seguramente aciertan al concluir que las decisiones paradigmáticas [*landmark decisions*] por sí mismas rara vez cambian de manera dramática y uniforme el comportamiento de los ciudadanos o sus valores personales». Ídem, p. 291.

<sup>445</sup> BRIGHAM, JOHN, «Right, Rage, and Remedy: Forms of Law in Political Discourse», en *Studies in American Political Development*, n.º 2, pp. 303-316.

<sup>446</sup> FEELEY, MALCOLM, «Hollow Hopes, Flypaper and Metaphors», en *Law & Society Inquiry*, n.º 745, 1992, pp. 745-760.

<sup>447</sup> En ese sentido, conviene señalar que, pese a sus reparos, FEELEY valora positivamente la búsqueda y la compilación de información sobre las que se apoyan los argumentos esgrimidos por Rosenberg. «De hecho —apunta FEELEY— en contra de lo que ha dicho un número de comentaristas que se han quejado de la recolección y análisis de información, yo estoy profundamente convencido por ella». Las objeciones que plantea en su contra se refieren, entonces, a la orientación que el autor dio a los hallazgos que obtuvo en su investigación. Ídem, p. 746.

Es preciso detallar los motivos por los que, a juicio de FEELEY, la contundencia de dicho estudio es más aparente que real. Al avanzar entre las razones aducidas por ROSENBERG resulta evidente que el comportamiento del autor es más afín al de un abogado interesado en demostrar la culpabilidad de un reo —que, en su caso, sería la Corte Suprema de Justicia— que al imparcial proceder que debería orientar las investigaciones sociales. El objetivo que él se habría trazado consistiría en persuadir al lector de la ineficacia de los fallos estructurales, por lo que habría dispuesto cada uno de los elementos de su obra para alcanzar dicho fin. Y, si bien habría prevalecido en su propósito —pues el mismo FEELEY anota que «ROSENBERG ha retado a la sabiduría popular [que afirma que los tribunales son capaces de efectuar cambios sociales significativos] y ha ganado»<sup>448</sup>— lo habría hecho incurriendo en uno de los errores más habituales de las investigaciones sociológicas: el problema del vacío [*gap problem*]<sup>449</sup>. El error señalado por FEELEY consistiría en haber evaluado los resultados obtenidos por la Corte a la luz de las desmesuradas expectativas que albergaban los abogados activistas que festejaron el fallo como una victoria definitiva sobre el supremacismo blanco. Ellos aguardaban una transformación radical del problema racial en los Estados Unidos, mientras que los magistrados que lo aprobaron se habrían planteado un objetivo mucho más modesto. En vez de apuntar a la plena integración racial del sistema educativo, ellos únicamente habrían premeditado la desegregación de las escuelas oficiales. En palabras de FEELEY, habrían pretendido «eliminar el *apartheid* y los sistemas de separación racial que contaban con el respaldo de los estados»<sup>450</sup>. Con arreglo a esta interpretación, hubiese bastado con que las autoridades educativas eliminasen las normas y las políticas que ordenaban la segregación para dar cumplimiento a la orden impartida por la Corte. Los aludidos cambios en la composición estudiantil serían, entonces, propósitos añadidos por otros actores interesados en incrementar la significación de la orden emitida por el alto tribunal.

ROSENBERG habría caído en el problema del vacío al evaluar la eficacia de la intervención tomando como referencia objetivos que la Corte no se habría propuesto.

---

<sup>448</sup> Ídem, p. 747.

<sup>449</sup> Al respecto, ver NELKEN, DAVID, «The Gap Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review», en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 1, n.º 35, 1981, pp. 35-61; SARAT, AUSTIN, «Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition», en *Legal Studies Forum*, vol. 9, n.º 1, 1985, pp. 34-69.

<sup>450</sup> FEELEY, Op. Cit., p. 753.

De tal suerte, al remplazar los fines que aquella perseguía por las aspiraciones de los abogados reformistas, habría acabado por escribir un texto sobre el exagerado poder que los activistas atribuyen a los tribunales, en vez de elaborar un estudio acerca de la efectividad de las decisiones judiciales de alto impacto. De ahí que, en opinión de FEELEY, el enfoque elegido por el autor hubiese hecho de su obra una investigación de menor importancia, pues ya otros autores habían apuntado antes las limitaciones que enfrentan los tribunales ante este tipo de empresas<sup>451</sup>. La única novedad que, de acuerdo con esta objeción, añadiría el trabajo de ROSENBERG sería la constatación de la enorme brecha que se abre entre los resultados de dichas intervenciones y las expectativas que crean y difunden los valedores del activismo judicial.

Este último comentario lleva a la segunda crítica planteada por FEELEY, sobre la dirección que debió seguir Rosenberg para sacar verdadero provecho de la información recabada. Según se ha dicho, el autor habría puesto en evidencia la artificiosidad de las promesas y de las expectativas planteadas por los abogados activistas frente a los fallos estructurales. Pues bien, al hilo de este razonamiento, FEELEY sostiene que ROSENBERG debió analizar las razones por las cuales estos últimos alimentan un mito que es abiertamente falso. Tendría que haber investigado cuáles son los incentivos a cambio de los cuales se preocupan por divulgar una imagen semejante de los tribunales.

FEELEY advierte que la divulgación del mito que proclama el potencial transformador de los tribunales resulta sumamente útil para un sector específico de la profesión legal. Los profesores universitarios que enseñan en facultades de élite, los magistrados de los altos tribunales y los líderes de organizaciones de litigio estratégico, entre otros sujetos, tendrían un claro interés en conservar y propagar esta idea, pues de ella obtienen beneficios directos que refuerzan la posición de poder que mantienen dentro de la cultura jurídica. «Al promover la creencia en un tribunal extraordinariamente poderoso —apunta FEELEY— ellos mejoran su propio estatus. Al impulsar el mito de jueces extraordinariamente poderosos, se implican en la imagen de abogados, profesores y estudiantes de derecho extraordinariamente poderosos»<sup>452</sup>. A

---

<sup>451</sup> Entre quienes habrían arribado a una conclusión similar a la propuesta por ROSENBERG —según la cual los tribunales requieren del apoyo de otros actores para asegurar la implementación de sus órdenes— Feeley destaca a SCHEINGOLD, CASPER, ADAMANY Y DAHL. Al respecto, ver SCHEINGOLD, Op. Cit.; DAHL, Op. Cit.; CASPER, Op. Cit.; ADAMANY, DAVID, «Law and Society: Legitimacy, Realigning Elections, and the Supreme Court», en *Wisconsin Law Review*, 1973, pp. 780-846.

<sup>452</sup> FEELEY, Op. Cit., p. 758.

cambio de fomentar esta representación sobre el enorme poder que detentarían los tribunales, los magistrados afianzarían el lugar central que dicha imagen les asigna en la estructura de los ordenamientos jurídicos; los profesores de las facultades de derecho incrementarían su prestigio por el hecho de administrar un saber que, al ser transmitido a sus estudiantes, podría desencadenar hondas transformaciones sociales; los integrantes de las aludidas organizaciones de litigio, por su parte, gozarían de una mayor visibilidad al ser considerados protagonistas de tales procesos de cambio, lo que, a su vez, podría redundar en una mejora sustancial de la financiación que reciben de los Estados y de otras instituciones. Dichas razones mueven a FEELEY a concluir que no es un hecho fortuito el que dicho mito sea cultivado, justamente, por quienes sacan mayor ventaja de su difusión.

**(5.4.2.) *¿Se conserva con vida el ruiseñor? Efectos indirectos y simbólicos de Brown***

Una vez presentados los argumentos defendidos por el neorrealismo y las principales críticas que han sido formuladas en su contra, se fija la postura acogida en esta investigación sobre dicho debate. Según nuestro modo de ver, la mayoría de las objeciones en contra de ROSENBERG son infundadas y no consiguen desmentir el hallazgo primordial contenido en *The Hollow Hope*, que consiste en que la Corte Suprema no habría logrado ejecutar las transformaciones que proyectó en *Brown*. Sus críticos no refutaron que los cambios sociales acaecidos luego de su expedición fueron el resultado de las actuaciones realizadas por los órganos representativos y que, por lo tanto, apenas guardarían una relación difusa con la intervención llevada a cabo por el alto tribunal.

Los reproches dirigidos en contra de ROSENBERG únicamente someterían a debate elementos marginales de su investigación y en ningún caso rebatirían la idea fundamental que en ella se postula. En el caso específico de las observaciones hechas por MCCANN, que se resumen en la alegada pretermisión de los efectos indirectos y simbólicos, basta con leer el texto para darse cuenta de que se trata de una acusación injustificada. Refiriéndose al caso específico de *Brown*, ROSENBERG dedica un capítulo entero —titulado *¿Plantando la semilla del progreso? [Planting the Seeds of*



*Progress?*]<sup>453</sup>— al análisis de la hipótesis supuestamente omitida. En dicho apartado se pregunta si, tal como lo pretende el constructivismo, «al llevar a la luz un determinado asunto, los tribunales ejercen presión [sobre las demás autoridades] para que actúen, provocando de tal suerte el cambio social. Así, [de ser ciertas las conjeturas de los constructivistas] *Brown* y su progenie habrían sido la inspiración que llevó finalmente a la acción del Congreso y del Ejecutivo, cosechando de este modo un cierto éxito en los derechos civiles»<sup>454</sup>.

A fin de evaluar la veracidad de este planteamiento, ROSENBERG analiza cada uno de los elementos que han sido propuestos por el constructivismo para dar forma a esta teoría. Según esta, al expedir el fallo (i) la Corte habría dado enorme visibilidad al problema racial en los Estados Unidos, provocando el ingreso de este asunto en la agenda política<sup>455</sup>; (ii) habría ejercido una fuerte presión sobre los poderes Ejecutivo y Legislativo, por lo que la aprobación de *Brown* habría sido una de las causas más decisivas de la promulgación de la *Civil Rights Act* y de las demás leyes que combatieron la segregación racial; (iii) habría introducido un cambio trascendental en la conciencia de los ciudadanos blancos, quienes, a su vez, habrían exigido a las autoridades representativas la implementación de modificaciones políticas e institucionales que siguieran el mismo derrotero; (iv) y, finalmente, habría empoderado a la población afrodescendiente a reclamar la protección de sus derechos.

De acuerdo con el constructivismo, estos resultados serían los efectos más relevantes que habría producido *Brown*. Su realización no solo menguaría importancia al pretendido fracaso del objetivo instrumental que la sentencia perseguía, sino que pondría en evidencia que los cambios sociales no advienen de manera directa y lineal, como lo querría el neorrealismo, sino a través de caminos sinuosos que demandan tiempo, el tiempo necesario para que prospere *la semilla del progreso* que inocularían los tribunales con sus fallos.

Sin embargo, con base en un riguroso análisis cuantitativo, ROSENBERG concluye que los efectos simbólicos e indirectos atribuidos a *Brown* no se habrían

---

<sup>453</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 107-157.

<sup>454</sup> Ídem., p. 107.

<sup>455</sup> Llama la atención que una de las críticas planteadas por FEELEY acuse a ROSENBERG de no haber tenido en cuenta la investigación elaborada por SCHEINGOLD en *The Politics of Rights*, según la cual una de las consecuencias favorables de las intervenciones judiciales de alto impacto consiste, justamente, en introducir dichas cuestiones en la agenda política de las sociedades.

producido. En primer lugar, los medios de comunicación, que tendrían que haber ampliado el cubrimiento del movimiento de los derechos civiles como consecuencia de la introducción de este tema en la agenda política norteamericana, apenas prestaron atención a este fenómeno en los años siguientes al fallo<sup>456</sup>.

En segundo término, no existen pruebas que respalden la afirmación que sostiene que *Brown* habría desencadenado los cambios legales progresistas ocurridos en la década de los sesenta. Los estudios históricos que se han ocupado de las causas que condujeron a la promulgación de la *Civil Rights Act* y la *Voting Rights Act* no incluyen, por regla general, la expedición de la sentencia entre los factores que habrían provocado el cambio legislativo<sup>457</sup>. De hecho, los mismos estudios advierten que los presidentes EISENHOWER Y JOHN F. KENNEDY no mostraron un decidido respaldo al fallo hasta que las circunstancias políticas que cada uno de ellos enfrentó durante sus administraciones los obligaron a hacerlo<sup>458</sup>. Finalmente, al analizar las intervenciones de los congresistas que tomaron parte en el debate legislativo de la Ley de los Derechos Civiles, se observa que la sentencia apenas fue mencionada doce veces, cifra sumamente minúscula si se tiene en cuenta que solo en el Senado se pronunciaron más de cuatro millones de

---

<sup>456</sup> El desarrollo de dicho movimiento no solo habría recibido «un cubrimiento mínimo», según la expresión utilizada por el *Southern Education Reporting Service*, sino que en los años 1958 y 1959 el número de noticias relacionadas con él habría caído a una cifra inferior al promedio existente a finales de los años cuarenta y principios de la década de los cincuenta. El único período en el que el cubrimiento informativo en torno al movimiento de los derechos civiles se apartó de dicha tendencia se presentó durante los años 1956 y 1957. Sin embargo, por su proximidad en el tiempo, es razonable sostener que tal incremento no se debió a la expedición de *Brown*, sino a los críticos sucesos que acaecieron en este lapso: el boicot de buses de Montgomery, la violencia desatada en Clinton, Tennessee, la campaña por la Presidencia de la Unión y la crisis de Little Rock ocurrida en 1957. ROSENBERG, Op. Cit., p. 111-112.

<sup>457</sup> Los autores que han analizado el tema sostienen que la aprobación de dichas leyes fue posible gracias a la concurrencia de varios acontecimientos, entre los que se encuentran el boicot de buses de Montgomery, los violentos episodios acaecidos en Mississippi, la sensibilidad del Fiscal General Brownell frente a la causa de la igualdad racial, y la disputa partidista en que se trenzaron republicanos y demócratas por hacerse con los votos de los ciudadanos afrodescendientes de los estados del norte. ANDERSON, JOHN, *Eisenhower, Brownell, and the Congress: The Tangled Origins of the Civil Rights Bill of 1956-1957*, Alabama, University of Alabama Press, 1964; BURK, ROBERT, *The Eisenhower Administration and Black Civil Rights*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1984; KLUGER, RICHARD, *Simple Justice*, Nueva York, Knopf, 1976; LAWSON, STEVEN, *Black Ballots: Voting Rights in the South*, Nueva York, Columbia University Press, 1976.

<sup>458</sup> En el caso de EISENHOWER —quien afirmó en una conferencia de prensa que no podría «imaginar circunstancia alguna que pudiese llevarme a enviar tropas federales a una zona determinada con el propósito de asegurar la implementación de una orden de un Tribunal federal»— el apoyo tardío que ofreció al movimiento de los derechos civiles se habría dado debido a la urgencia de arrebatar a los demócratas parte de los votos afrodescendientes de los estados del norte que habían asegurado luego del *New Deal*. Por su parte, KENNEDY, quien había objetado proyectos de ley anteriores a la *Civil Rights Act* que perseguían propósitos similares a esta, únicamente habría cambiado su postura debido a los violentos hechos ocurridos durante la primavera de 1963. Lo anterior demostraría que el respaldo que finalmente brindaron a dicho movimiento no habría sido consecuencia de *Brown*, sino de la presión ejercida por causas de diferente naturaleza. Al respecto, ver ROSENBERG, Op. Cit., p. 118 y ss.

palabras durante las deliberaciones. Tales indicios, sumados a otros, llevan a ROSENBERG a concluir que la aprobación de *Brown* no fue un argumento de peso que hubiese incidido de manera decisiva en la expedición de estas leyes.

Con respecto al pretendido cambio de mentalidad que el fallo habría provocado tanto en los ciudadanos blancos como en los afrodescendientes, la evidencia recabada tampoco parece dar la razón al constructivismo. ROSENBERG analizó un considerable número de encuestas en las que se indagó sobre el conocimiento que aquellos tenían acerca de las decisiones adoptadas por la Corte Suprema y sobre las opiniones que albergaban en torno a la discriminación racial. En cuanto a la primera cuestión, el autor concluyó que «la mayoría de los norteamericanos no sigue las sentencias de la Corte ni entiende el rol constitucional que ella ejerce»<sup>459</sup>. Dicha afirmación se basa en que apenas un 40% de los estadounidenses tenía entonces algún conocimiento sobre las decisiones emitidas por el alto tribunal; a su vez, en que para el año 1966 —valga decir, para el momento en que la Corte Warren ya había emitido la mayor parte de las sentencias por las que sus magistrados han adquirido fama de haber sido los más activistas en la historia del Tribunal— un 46% de la población no recordaba «absolutamente nada» que la Corte hubiese hecho de manera reciente. Dicha información pone en duda que la aprobación de *Brown* hubiese modificado la opinión de los norteamericanos sobre la discriminación racial, pues para que ello ocurra es menester que, cuando menos, los ciudadanos conozcan las decisiones del Tribunal.

Por otra parte, en lo que se refiere al cambio de postura de los estadounidenses frente a la segregación, llama la atención que el porcentaje de ciudadanos blancos sureños que aprobaba la integración racial en las escuelas oficiales hubiese caído a un 8% en 1959, esto es, cinco años después de la firma del fallo, luego de que dicho porcentaje estuviese en un 15% en 1954. Igualmente, sorprende el resultado de las cifras obtenidas en una encuesta realizada en el año 1963, en la que se preguntó a los norteamericanos si consideraban que algún grupo social recibía un trato inadecuado: el 80% de los encuestados contestó de manera negativa y solo un 5% hizo referencia a los afrodescendientes. Un 4% declaró que la población blanca recibía dicho tratamiento. Tales resultados llevan al autor a concluir que no existe evidencia que permita sostener que *Brown* habría provocado algún tipo de cambio entre los ciudadanos blancos frente a la segregación racial.

---

<sup>459</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 131.

En cuanto al aliento que *Brown* habría transmitido a los afrodescendientes y a los líderes del movimiento de los derechos civiles, la información recaudada tampoco se aparta de la tendencia descubierta por ROSENBERG. Una encuesta realizada entre los miembros de la comunidad afroamericana en el año 1955 arrojó como resultado que apenas el 53% de quienes vivían en los estados del sur valoraban positivamente la expedición del fallo. El número de marchas y demostraciones públicas convocadas para respaldar las demandas de igualdad racial no experimentaron cambios significativos luego de la expedición de *Brown*<sup>460</sup>, hecho que sugiere que el fallo no ocasionó un incremento de la movilización social. Finalmente, la prueba más paradójica y contundente de la influencia que habría ejercido la decisión sobre la dirigencia del movimiento se encuentra en las declaraciones hechas al respecto por MARTIN LUTHER KING. Al ser interrogado sobre el papel que jugó la Corte Suprema en los hechos que rodearon el célebre boicot de buses ocurrido un año después de la firma de la sentencia, manifestó que esta última «no puede explicar por qué sucedió lo ocurrido en Montgomery»<sup>461</sup>. Al pronunciarse sobre la estrategia de litigio pergeñada por algunas organizaciones para combatir el racismo desde los estrados judiciales, declaró que los afrodescendientes «no deben involucrarse en el legalismo ni en las innecesarias luchas ante los tribunales [pues esto es] exactamente lo que el hombre blanco desea que haga el negro. De ese modo él puede aplazar indefinidamente la lucha»<sup>462</sup>. A juicio del líder de la Conferencia Sureña de Liderazgo Cristiano, la emancipación del hombre negro únicamente podría ser conseguida a través de su compromiso y de su resuelta participación en dicha empresa. «Solo cuando los pueblos por sí mismos empiezan a actuar —declaró ante la convención de la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color celebrada el 5 de julio de 1962— los derechos que yacen en el papel cobran auténtica vida»<sup>463</sup>.

---

<sup>460</sup> Durante el lapso comprendido entre los años 1940 y 1959, el promedio de demostraciones públicas fue de 9 por año. Dicha cifra se conservó con ligeras variaciones en el período que siguió a la firma del fallo y experimentó un único incremento drástico en 1956. En este último año el número se elevó a 173 debido al boicot de buses de Montgomery, después de lo cual retornó a un valor cercano al promedio, correspondiente a 13 manifestaciones para el año 1957. ROSENBERG, Op. Cit., p. 134 y ss.

<sup>461</sup> La cita se encuentra en KING, MARTIN LUTHER, *Stride Toward Freedom: The Montgomery Story*, Nueva York, Harper, 1958, p. 64.

<sup>462</sup> La cita se encuentra en GARROW, DAVID, *Bearing the Cross: Martin Luther King, Jr., and the Southern Christian Leadership Conference*, Nueva York, Morrow, 1986, p. 91.

<sup>463</sup> La cita se encuentra en BRANCH, TAYLOR, *Paving the Waters: America in the King Years 1954-1963*, Nueva York, Simon & Schuster, 1988, p. 598.

En suma, con base en los argumentos presentados hasta este punto se concluye que el reproche formulado por MCCANN resulta completamente infundado. Según lo demuestra el análisis precedente, ROSENBERG analizó con minuciosidad tanto los efectos instrumentales como los efectos indirectos y simbólicos. Lo que parece censurar el comentarista es que dicho estudio hubiera sido realizado desde la perspectiva compleja con énfasis en la víctima. En ese sentido, MCCANN reprocha que el análisis hubiese hecho hincapié en los frutos concretos que surgieron como consecuencia de los resultados indirectos y simbólicos y que, por tanto, no hubiese trazado una línea divisoria entre estos últimos y la realidad material dentro de la cual estos emergieron. De ahí que MCCANN tilde a ROSENBERG de neorrealista, pues a su juicio, únicamente le interesaba comprobar las consecuencias prácticas que aparecen gracias a las intervenciones judiciales. Sin embargo, según la perspectiva del autor de esta investigación, dicha aproximación es la más adecuada en la medida en que centra su atención en el objetivo más relevante al que apunta cualquier actuación judicial, que no es cosa distinta al restablecimiento efectivo de los derechos.

Por último, en cuanto a la crítica formulada por FEELEY, se considera que el error que atribuye a ROSENBERG, consistente en no haber sorteado en debida forma el *problema del vacío*, resulta igualmente oponible a la valoración que él hace de los propósitos perseguidos por *Brown*. Si bien es cierto que las sentencias *Brown I* y *II* no ordenan de manera expresa la integración racial en la educación pública, tal como lo afirma ROSENBERG, también lo es que no disponen explícitamente la desegregación escolar. De acuerdo con la tipología de los fallos estructurales propuesta en el capítulo I, *Brown* es una sentencia declarativa, pues se limita a constatar la violación del derecho a la igualdad ante la ley que se encuentra reconocido en la Enmienda XIV de la Constitución estadounidense. En consecuencia, las dos interpretaciones propuestas por los autores pueden ser sometidas a la misma objeción, ya que ninguna de ellas cuenta con un respaldo inequívoco en el texto de la sentencia. Aunque la lectura planteada por FEELEY es razonable, de ser cierta, el sentido y la relevancia del fallo se verían menguados sustancialmente. Esto es así en la medida en que el autor sugiere que la Corte únicamente habría ordenado la realización de cambios meramente normativos, como consecuencia de los cuales desaparecería el fundamento legal de la segregación en el ámbito educativo, mas no se habría planteado como propósito el ingreso efectivo de los niños afrodescendientes a las aulas reservadas a estudiantes blancos. Según esto,

los magistrados se habrían conformado con imponer reformas de carácter formal y habrían dejado al azar el asunto más importante que se debatía en el proceso, esto es, la urgencia de llevar a cabo una profunda transformación del sistema educativo que permitiera el acceso de todos los niños a las escuelas oficiales. Finalmente, aun si en gracia de discusión fuese este el objetivo trazado por el Tribunal, las 136 reformas normativas que habían sido aprobadas para el año 1957 con el objetivo de preservar la segregación escolar en los estados del sur dejan ver que incluso este modesto propósito no fue realizado.

Con este último comentario se da por concluido el análisis de los efectos producidos por *Brown v. Board of Education*. A continuación, se estudia uno de los fallos estructurales más emblemáticos de la jurisprudencia constitucional sudafricana: la sentencia *Grootboom contra la República de Sudáfrica*.

#### **(5.5.) *Grootboom contra la República de Sudáfrica***

A fin de examinar los efectos producidos por el fallo en cuestión es menester especificar algunos detalles que no han sido comentados aún sobre el contexto dentro del cual afloró la controversia que aborda enseguida. Según fue anotado en el capítulo I, *Grootboom* fue la primera sentencia estructural emitida por la Corte Constitucional sudafricana y se ha convertido en la piedra angular sobre la que se erige la jurisprudencia constitucional sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Aunado a lo anterior, el fallo ha ejercido una honda influencia en el ámbito internacional, donde es considerado una referencia obligatoria para comprender las repercusiones que se siguen de la consagración de esta clase de derechos y para discernir las obligaciones que resultan oponibles a los Estados en la materia<sup>464</sup>.

---

<sup>464</sup> Muestra de ello se encuentra en el más reciente informe elaborado por la relatora especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda adecuada. En él afirma que «la jurisprudencia de la Corte Constitucional sudafricana ha sido particularmente determinante» para crear una renovada conciencia sobre el importante papel que desempeñan los tribunales en el engranaje del que depende la protección efectiva del derecho a la vivienda. En concreto, según se observa más adelante, la relatora destaca varios aportes realizados por *Grootboom*, los cuales podrían ser aprovechados en otros ordenamientos con el fin de ampliar y robustecer la protección de este derecho. FARHA, LEILANI, *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, sesión vigésima octava del Concejo de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 2014. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx>

La demanda que condujo a la aprobación del célebre fallo fue interpuesta con el objetivo de reclamar la protección del derecho a la vivienda adecuada [*adequate housing*] que se encuentra reconocido en la sección 26 de la Constitución sudafricana. De tal manera, un grupo conformado por 900 personas, entre las que se contaban 510 niños, pretendían conseguir un albergue que remplazara sus viviendas, las cuales fueron destruidas como consecuencia de un desalojo ordenado dentro de un proceso judicial<sup>465</sup>. El lugar del que fueron expulsados los demandantes era una propiedad privada que había sido destinada a la construcción de viviendas de bajo costo. Allí habían erigido refugios informales que carecían de servicios públicos, agua potable y de un sistema adecuado para el manejo de aguas residuales. Pese a la hostilidad de dichas condiciones, su situación se hizo aún más gravosa luego del desalojo, pues no perdieron únicamente el precario techo en el que se habían instalado, sino también los materiales de construcción que hubieran podido utilizar para ubicarse en un lugar diferente. Ante esta penosa situación, los miembros de la comunidad *Grootboom* —así conocida por el liderazgo ejercido dentro de ella por Irene Grootboom, quien perdió su hogar en estos mismos hechos— se vieron obligados a asentarse en un campo deportivo adyacente al área de Wallacedene<sup>466</sup>. Los demandantes ya habían vivido antes en dicha zona y la habían abandonado debido al deplorable estado del terreno y a los efectos del crudo invierno que allí padecieron<sup>467</sup>.

Bajo la orientación legal de un abogado que representó sus intereses *ad honorem*, resolvieron impetrar entonces una demanda ante el Alto Tribunal del Cabo de Buena Esperanza. En ella hicieron especial énfasis en la necesidad de amparar los derechos de los niños, quienes tendrían que recibir un tratamiento especial de acuerdo

---

<sup>465</sup> Según el relato hecho por el Tribunal, el desalojo fue llevado a cabo «de manera prematura e inhumana, evocando los desalojos de la época del *apartheid*. Los hogares de los demandantes fueron demolidos con bulldozers, los restos fueron incendiados y las posesiones [de los habitantes] fueron completamente destruidas. Muchos de los residentes que no se encontraban allí en aquel momento no lograron salvar ni siquiera sus pertenencias personales». *Grootboom*, par. 10.

<sup>466</sup> Wallacedene es el nombre que recibió un asentamiento informal creado en la década de los años 80 en los suburbios orientales de Ciudad del Cabo. El lugar fue ocupado por grupos africanos que aprovecharon la relajación de las leyes del *apartheid* que impedían a las comunidades negras habitar zonas urbanas.

<sup>467</sup> La difícil situación que enfrentaron los miembros de la comunidad *Grootboom* después del desalojo ha sido descrita por MARCUS Y BUDLENDER en los siguientes términos: «La comunidad quedó verdaderamente desamparada [...] Se vieron forzados simplemente a acampar en la zona deportiva contigua a Wallacedene con los plásticos y demás materiales que pudieron encontrar. Una semana después del desahucio, iniciaron las lluvias invernales, las cuales inutilizaron completamente los refugios que habían logrado construir». MARCUS, GILBERT Y BUDLENDER, STEVEN, *A Strategic Evaluation of Public Interest Litigation in South Africa*, Johannesburg, The Atlantic Philantropies, 2008, p. 48.

con lo dispuesto en la sección 28 del texto constitucional<sup>468</sup>. Poco tiempo después, el Tribunal emitió una sentencia en la que concedió el amparo del *derecho a la vivienda* de los niños. En consecuencia, ordenó a las autoridades garantizar el albergue inmediato de las familias que tuviesen menores de edad. A su vez, las conminó para que garantizaran el núcleo esencial de los derechos de los demás miembros de la comunidad, el que incluiría en el caso concreto la provisión de «tiendas, letrinas portátiles y el suministro regular de agua, aun cuando esta fuese transportada»<sup>469</sup>.

A diferencia del enfoque elegido por el Alto Tribunal del Cabo, la Corte Constitucional decidió resolver esta controversia con base en lo dispuesto en la sección 26 de la Constitución. De tal manera, en vez de pronunciarse sobre la alegada violación del derecho a la vivienda de los niños —consagrado en la sección 28 del texto superior—, analizó la situación general en que se encontraba la comunidad *Grootboom* a la luz de la disposición que garantiza «el derecho de acceso a una vivienda adecuada» a todos los sudafricanos.

Luego de analizar el precepto en cuestión, la Corte concluyó que si bien este reconoce un auténtico derecho con arreglo a las previsiones del ordenamiento sudafricano<sup>470</sup>, no comprende la facultad de reclamar la entrega de hogares mediante el empleo de acciones judiciales. En lugar de ello, la disposición se erige como un *criterio de razonabilidad* que permite a los tribunales llevar a cabo el control de constitucionalidad de los planes pergeñados por las autoridades para atender las necesidades de vivienda de la población. En ese sentido, declaró que de acuerdo con la norma en cuestión «el Gobierno se encuentra obligado a diseñar e implementar, dentro de los recursos disponibles, un programa integral y coordinado para realizar de manera

---

<sup>468</sup> A diferencia de lo estipulado en la sección 26, que condiciona la efectividad del derecho a la vivienda de los sudafricanos a la disponibilidad de recursos y al principio de progresividad, la sección 28 parece consagrar un derecho directamente aplicable a la «vivienda, los servicios básicos de atención médica y [a] los servicios sociales» en el caso de los niños. Al respecto, ver BONTHUYS, ELSJE, «Realizing South African Children's Basic Socio-Economic Claims Against Parents and the State: What Court Can Achieve», en *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, n.º 22, 2008, pp. 333-355; GOLDBLATT, BETH Y LIEBENBERG, SANDRA, «Giving Money to Children: The Constitutional Obligations to Provide Child Support Grants to Child Headed Households», en *South African Journal on Human Rights*, 2004, vol. 20, pp. 151-164.

<sup>469</sup> *Grootboom*, par. 4.

<sup>470</sup> Al respecto, la Corte manifestó lo siguiente: «La sección 7(2) de la Constitución exige al Estado “respetar, proteger, promover y satisfacer los derechos de la *Bill of Rights*” y los tribunales están constitucionalmente obligados a asegurar que aquellos sean protegidos y garantizados. Por lo tanto, la pregunta que debe plantearse no es si los derechos sociales y económicos son justiciables bajo nuestra Constitución, sino cómo deben ser protegidos en un caso dado». *Grootboom*, par. 20.



progresiva el derecho de acceso a la vivienda adecuada»<sup>471</sup>. Adicionalmente, indicó que dicha política pública debía contener medidas razonables encaminadas a «proporcionar alivio a las personas que carecen de acceso a la tierra, que no tienen un lugar de albergue y que se encuentran en situación de crisis o en condiciones intolerables»<sup>472</sup>.

Justamente debido al incumplimiento de esta última obligación, la Corte declaró que el programa de vivienda implementado por el Consejo Metropolitano del Cabo desconocía el principio de razonabilidad. Si bien la implementación de dicha política pública había resuelto los problemas de vivienda de un significativo número de familias, también habría tolerado la aparición de circunstancias sumamente graves que perjudicaron a quienes reclamaban la protección del Estado con especial urgencia. Lo anterior se reflejaba fielmente en los hechos que rodearon la demanda promovida por la comunidad *Grootboom*: pese a que más del 50% de sus miembros eran menores de edad y a la penosa situación que enfrentaban, para el momento en que fue emitida la sentencia llevaban más de ocho años aguardando la entrega de una vivienda. Lo que resultaba más preocupante, a juicio del Tribunal, es que los demandantes no hubiesen recibido de las autoridades ningún tipo de auxilio que les ayudara a resolver, así fuese de modo transitorio, la difícil situación a la que se vieron abocados como consecuencia del desalojo. En este orden de ideas, la demora en la adjudicación de las viviendas no fue el motivo que llevó a la Corte a declarar la violación del derecho consagrado en la sección 26 de la Constitución. De hecho, el propio Tribunal apuntó que las proporciones del desafío que encaraba el Estado al proponerse corregir las secuelas que había dejado el *apartheid* en este ámbito explicaban las razones por las cuales no era razonable exigir resultados inmediatos en la aplicación de esta política. La falla de las autoridades locales habría consistido, entonces, en no haber dispuesto el aludido programa de emergencia para quienes lo requirieran.

Con el análisis de los principales hechos que suscitaron la controversia y de la orden estructural expedida por la Corte, se examinan enseguida los efectos que dicha intervención ha producido. Para tal efecto, se empleará la división temática que el

---

<sup>471</sup> Ídem, par. 99.

<sup>472</sup> En opinión de MARCUS Y BUDLENDER, esto último implica que los referidos programas no deben ser ejecutados bajo el esquema de *todo o nada*, esto es, sin incluir un plan intermedio de emergencia para quienes atraviesen estas circunstancias mientras aguardan la adjudicación definitiva de un techo. Las autoridades se encuentran obligadas, según precisó el Tribunal, a ofrecer servicios de asistencia que les permitan sobrellevar los largos tiempos de espera que han sido establecidos, de manera que se evite un menoscabo todavía más grave de los derechos comprometidos.

Tribunal dejó planteada en la sentencia. En primer lugar, se estudiarán las consecuencias que ha traído el fallo para la comunidad *Grootboom*. Si bien, por los motivos que se indican a continuación, la Corte se abstuvo de emitir órdenes concretas encaminadas a remediar la situación que afrontaba el grupo, las repercusiones que para ellos tuvo la expedición del fallo constituyen un punto de partida obligatorio a fin de examinar la eficacia de la decisión. A continuación, se realizará un análisis más general a propósito del impacto ejercido por la sentencia sobre la política pública dispuesta para lograr la realización del derecho a una vivienda adecuada en la totalidad del territorio nacional.

#### ***(5.5.1.) Repercusiones del fallo en el seno de la comunidad Grootboom***

Antes de emprender este análisis, es menester explicar las razones por las que el Tribunal no emitió órdenes concretas encaminadas a resolver la situación que atravesaban los miembros de la comunidad. Durante la primera audiencia convocada por la Corte para escuchar los argumentos de las partes enfrentadas, las autoridades presentaron una inesperada oferta dirigida a remediar el trance en que se encontraban los demandantes. Se comprometieron a brindar hospedaje provisional [*temporary accomodation*] a sus integrantes hasta tanto no recibieran una solución definitiva a su problema habitacional. En ese sentido, aseguraron que al cabo de un cierto tiempo los demandantes serían beneficiarios del Plan de Solución Acelerada de Manejo de Tierras [*Accelerated Land Managed Settlement Programme*]. En cuanto a las condiciones específicas del alojamiento temporal, ofrecieron a los residentes del campo deportivo un terreno demarcado en el que podrían asentarse. Allí contarían con la provisión de estructuras resistentes al agua, saneamiento básico, suministro de agua potable y con la implementación de un adecuado sistema para el manejo de residuos. La propuesta hecha por la Administración fue inmediatamente aceptada por los demandantes, por tanto el Tribunal no agregó nada al respecto<sup>473</sup>.

---

<sup>473</sup> Vale la pena anotar que, durante la audiencia en cuestión, las autoridades manifestaron que mediante dicho ofrecimiento no pretendían dar cumplimiento a una hipotética obligación constitucional que, a su juicio, carecía de respaldo normativo en la Carta. Por el contrario, advirtieron que el aludido compromiso había sido asumido de manera voluntaria y por razones fundadas únicamente en un sentido de «humanidad y pragmatismo». De ahí que hubiesen solicitado a la Corte la revisión de la sentencia dictada por el *a quo*, pues les interesaba revocar el precedente fijado en ella en virtud del cual, con arreglo a lo dispuesto en la sección 28, el Estado se encontraría obligado a garantizar el albergue de todos los niños que carecieran de un hogar adecuado. *Grootboom*, par. 91.

Cuatro meses después de la celebración de la audiencia, los demandantes denunciaron el incumplimiento del acuerdo<sup>474</sup>. Los órganos responsables de su implementación no habían adelantado ninguna de las actuaciones necesarias para llevar a cabo la reubicación de la comunidad *Grootboom*. Tampoco habían iniciado las obras de mejoramiento del campamento en el que residían sus integrantes. A fin de resolver esta situación, la Corte Constitucional convocó a las partes a una nueva audiencia en la que fueron especificados los deberes asumidos por las autoridades en dicha propuesta. Por solicitud de los demandantes, el Tribunal procedió a convalidar el acuerdo, de modo que este último se convirtió en una auténtica orden judicial<sup>475</sup>.

No obstante, los retrasos e incumplimientos de las autoridades se mantuvieron como una constante durante la implementación de la orden. Meses después de la homologación, suministraron los materiales de construcción y las instalaciones prometidas. Sin embargo, los miembros de la comunidad presentaron reclamaciones debido al agua impotable, a la insuficiente calidad del saneamiento básico y al escaso mejoramiento de sus condiciones de vida<sup>476</sup>. KAMESHNI PILLAY advirtió que la Administración se habría limitado a cumplir con la parte del acuerdo que exigía actuaciones instantáneas, incumpliendo de este modo las obligaciones que requerían actuaciones complejas a lo largo del tiempo<sup>477</sup>.

Los demandantes solicitaron la protección judicial de sus derechos debido a las dos siguientes razones: el riesgo de volver a ser desalojados del campo —debido a las acciones judiciales que habían interpuesto asociaciones deportivas interesadas en recuperar este espacio— y la urgencia de asegurar la prestación de los servicios sociales requeridos por el gran número de niños que hacían parte de la comunidad. En cuanto a lo primero, según ha sido indicado por LIEBENBERG, después de la segunda audiencia hubo un tácito acuerdo entre las partes que les permitió conservar la tenencia del terreno

---

<sup>474</sup> BERGER, JONATHAN, Op. Cit., p. 80 y ss.

<sup>475</sup> Orden no reportada [*unreported order*] en *Grootboom vs. Government of the Republic of South Africa*, Caso número CCT/00, expedida el 21 de septiembre de 2001.

<sup>476</sup> LANGFORD, MALCOLM, «Housing Rights Litigation: *Grootboom* and Beyond», en LANGFORD, MALCOLM et al. (eds.), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?*, Cambridge University Press, 2008, pp. 187-225.

<sup>477</sup> PILLAY, KAMESHNI, «Implementing *Grootboom*: Supervision Needed», en *Economic and Social Rights Review*, vol. 3, n.º 1, pp. 13-14; MARCUS Y BUDLENDER, Op. Cit., p. 60 y ss.

ocupado<sup>478</sup>. Como consecuencia de ello, permanecieron allí durante varios años más con la esperanza de abandonar el campamento para instalarse finalmente en uno de los hogares adjudicados dentro de los programas estatales de vivienda. Respecto de los servicios sociales de los niños, dicho asunto no fue expresamente incluido en el acuerdo ratificado por la Corte, omisión que dio lugar a una atención deficiente e inadecuada.

Para terminar este balance general sobre los efectos producidos dentro de la comunidad *Grootboom*, es menester hacer referencia a la adjudicación definitiva de los hogares. Las declaraciones hechas por los demandantes ponen en evidencia el sentimiento de frustración que experimentaron poco después de la expedición del fallo. En el año 2002 LUCKY GWAZA, reconocido líder del grupo, expresó lo siguiente: «Después de la decisión estábamos muy, muy felices, muy felices [sic] porque como comunidad nos hicieron muchas promesas, pero vemos que nada pasó a excepción de [la instalación de] los baños y los grifos (...) Nosotros ganamos el campeonato, ¿pero dónde está el trofeo?»<sup>479</sup>. BUKIWE FUKUTHA, otra destacada integrante de la comunidad, manifestó su decepción en estos términos: «el fallo del Tribunal no tiene nada que ver con la vivienda y todo que ver con la creación de trabajo para los abogados»<sup>480</sup>. Sin embargo, la prueba más elocuente de la morosidad con la que ha avanzado la política pública diseñada por el Gobierno habría de llegar con la muerte de la dirigente más laboriosa de la comunidad. En el mes de agosto de 2008 falleció Irene Grootboom, «sin hogar y sin dinero en su chabola en Wallacedene»<sup>481</sup>, aguardando la entrega de una vivienda para su familia. Un mes después de su deceso, esto es, ocho años después de la aprobación del fallo, delegados de las autoridades presentaron sus condolencias a sus parientes y les adjudicaron el hogar reclamado por la lideresa.

En opinión de autores como LANGFORD, MARCUS Y BUDLENDER, la desilusión de los vecinos del campo de Wallacedene se debió a la creación de expectativas demasiado altas que no contaban con respaldo en la sentencia. Si bien el Tribunal hizo especial énfasis en la obligación constitucional de obrar con diligencia y prontitud para resolver de manera definitiva los problemas de vivienda provocados por el *apartheid*, lo

---

<sup>478</sup> LIEBENBERG, SANDRA, *Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta and Company Ltd, 2010, p. 322 y ss.

<sup>479</sup> MARCUS Y BUDLENDER, Op. Cit., p. 62.

<sup>480</sup> Ídem.

<sup>481</sup> LANGFORD, Op. Cit., p. 188.

cierto es que ni el fallo ni el acuerdo convalidado por la Corte impusieron a las autoridades el deber de suministrar un hogar a los demandantes en un lapso determinado. Pese a ello, el amplio cubrimiento que recibió la sentencia en los medios de comunicación, la profusa aparición de artículos y obras académicas que atribuían al fallo el carácter de decisión histórica y el hecho de ser esta la primera intervención estructural de la Corte Constitucional llevaron a los reclamantes a pensar que muy pronto recibirían una vivienda definitiva<sup>482</sup>.

En su estudio sobre la implementación de *Grootboom*, MALCOLM LANGFORD sostiene que, pese a los tropiezos que se presentaron en su fase inicial, el proceso de asignación de hogares concluyó de manera exitosa<sup>483</sup>. Un año después de la aprobación de la sentencia, los Gobiernos de la Ciudad y de la Provincia Occidental del Cabo pusieron en marcha un plan de reubicación de viviendas informales que inició en el área de Wallacedene. El programa sería ejecutado en diez etapas y permitiría a las familias elegir entre dos alternativas de vivienda: los *hogares RDP*, que debían su nombre al Plan de Reconstrucción y Desarrollo y eran fabricados por contratistas designados por el Estado, y la opción *People's Housing Process*, que basa su funcionamiento en la solidaridad vecinal y en la autogestión. Quienes se inclinaron por esta última alternativa recibirían del Estado un subsidio económico para adquirir los materiales necesarios y se encargarían de edificar las viviendas por sus propios medios. Conviene señalar que el reasentamiento de la comunidad *Grootboom* fue incluido dentro de la fase cuatro del programa, por lo que sus miembros debían aguardar entre cinco y seis años para recibir las llaves de sus nuevos hogares.

De acuerdo con esta misma indagación, para el año 2008 el proceso de construcción de las viviendas de quienes optaron por la segunda alternativa se encontraba concluido. Una suerte distinta corrieron los residentes que eligieron los hogares RDP, entre quienes figuraba Irene Grootboom, pues en su caso se presentaron demoras e incumplimientos debido a «innumerables problemas burocráticos, [causados] especialmente por la cancelación de una oferta de un contratista involucrado en

---

<sup>482</sup> Sobre el particular, JONATHAN BERGER ha apuntado lo siguiente: «La ironía —y, tal vez, la tragedia— de *Grootboom* es que a pesar de su amplia difusión y del hecho de que ha servido para sentar las bases de la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda y de otros derechos sociales, ha significado muy poco para la comunidad Wallacedene más allá de los quince minutos de fama que les deparó». BERGER, Op. Cit., p. 81.

<sup>483</sup> LANGFORD, Op. Cit., p. 195-199.

supuestos hechos de corrupción»<sup>484</sup>. Sin embargo, según fue establecido por el autor, en el año 2012 —valga decir, doce años después del fallo— el 90% de los miembros de la comunidad había logrado acceder a un hogar permanente. La consecución de este resultado ha llevado a LANGFORD a declarar que, a pesar de la larga espera que fue impuesta a los demandantes y a los abundantes reclamos ocasionados por la calidad deficiente de algunos inmuebles, la intervención de la Corte produjo un impacto positivo en las condiciones de vida de quienes solicitaron la protección judicial de sus derechos.

Sin embargo, es preciso advertir que, de acuerdo con un importante sector de la doctrina, esta intervención no habría provocado un cambio sustancial de las circunstancias en que se encontraban los demandantes<sup>485</sup>. Esto último fue puesto de presente por el relator especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda en la misión que realizó en Sudáfrica en el año 2008. En el informe que recoge los hallazgos de su visita se encuentra la siguiente observación: «El Relator Especial inspeccionó un número de proyectos de vivienda a lo largo del país y encontró nuevos hogares que habían sido construidos de manera apresurada, con una planeación y diseño deficientes, y sin haber consultado a las autoridades locales o a los habitantes. Por ejemplo, en Wallacedene, Ciudad del Cabo, lugar de la histórica decisión *Grootboom*, el Relator Especial conoció a una familia que había recibido una vivienda RDP de una única habitación para albergar a un grupo familiar conformado por ocho miembros»<sup>486</sup>.

En concordancia con este informe, el plan de reubicación no habría logrado satisfacer los criterios de *aceptabilidad y calidad* del derecho a la vivienda<sup>487</sup>. Pues con arreglo a los estándares internacionales aplicables en la materia, y a lo estipulado en el

---

<sup>484</sup> Ídem., pp. 197.

<sup>485</sup> HIRSCHL, RAN, Op. Cit., 2007; PIETERSE, MARIUS, «Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited», en *Human Rights Quarterly*, vol. 29, n.º 3, pp. 796-822.

<sup>486</sup> KOTHARI, MILOON, *Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-Discrimination in this Context: Mission to South Africa*, 7ma. Sesión del Consejo de Derechos Humanos, 29 de febrero de 2008. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <http://www.refworld.org/docid/47d55d3f2.html>

<sup>487</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General Número 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados*, aprobada durante el XVI período de sesiones, 1997. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada>

propio texto constitucional sudafricano, no basta con ofrecer a las personas un techo en el que puedan pernoctar y ponerse a salvo de las adversidades del tiempo. Es menester que los hogares favorezcan el ejercicio de los demás derechos que se encuentran íntimamente ligados a la posesión de una vivienda, entre los cuales sobresale el derecho a la intimidad familiar. De ahí que el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —aprobado por la República de Sudáfrica el 3 de octubre de 1994 y ratificado el 12 de enero de 2015— asocie el derecho en cuestión con «el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia» y que lo reconozca empleando la fórmula de *derecho a una vivienda adecuada*<sup>488</sup>. Dicha calificación conlleva la existencia de una obligación internacional, en virtud de la cual los Estados se encuentran llamados a garantizar unas condiciones mínimas de calidad de los hogares<sup>489</sup>.

Con esta última observación se concluye el análisis del impacto producido por el fallo en la comunidad *Grootboom* y se prosigue con la realización de un estudio más general, dirigido a establecer las repercusiones que provocó la sentencia en la política pública de vivienda del orden nacional.

#### ***(5.5.2.) Efectos globales ocasionados por la aprobación de Grootboom***

A semejanza de lo ocurrido en *Brown vs. Board of Education*, la evaluación de los resultados obtenidos gracias a este fallo ha dado lugar a un encendido debate en el que se han enfrentado a dos posturas antagónicas. Pese a ello, detractores y valedores de dicha intervención han coincidido en que la aprobación de la sentencia ha obrado un importante cambio en el ámbito del derecho aplicable a los procesos judiciales de desalojo. Dicha modificación ha traído como consecuencia la creación de un sólido

---

<sup>488</sup> El artículo 11.1. del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone lo siguiente: «Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento».

<sup>489</sup> Como ocurre con la mayor parte de las obligaciones impuestas a los Estados que han suscrito este instrumento internacional, la exigibilidad del deber en cuestión se encuentra condicionado por el principio de progresividad. Lo anterior quiere decir que la provisión de hogares adecuados no es un compromiso que pueda ser exigido de manera inmediata a las autoridades estatales, sino una tarea que ellas deben emprender de forma gradual y ascendente, teniendo en cuenta la disponibilidad de los recursos que esta labor requiere. Sobre el particular, ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General Número 3*, cit.

precedente en virtud del cual los poseedores y tenedores de predios destinados a vivienda únicamente pueden ser desahuciados en la medida en que cuenten con un hospedaje alternativo al cual puedan recurrir. En ese sentido, *Grootboom* ha difundido entre los tribunales la idea según la cual la expulsión de residentes que no dispongan de esta opción constituye una violación del derecho a la vivienda adecuada, hecho que ha desencadenado una disminución sustancial del número de desalojos. En opinión de BERGER, la consolidación de este precedente no solo ha provocado una renuencia generalizada entre las autoridades judiciales a conceder este tipo de órdenes, sino que ha otorgado a «las personas pobres (...) un cierto poder de negociación para oponerse a los desahucios»<sup>490</sup>.

De tal manera, además de incidir en la orientación que siguen los tribunales al resolver este tipo de reclamaciones, *Grootboom* habría provocado un llamativo cambio en el comportamiento de las personas que carecen de un hogar adecuado o que enfrentan la amenaza de un desalojo. Según ha señalado KATE TISSINGTON, la petición elevada por el grupo liderado por Irene Grootboom fue la primera en plantear a la Corte Constitucional la violación del derecho consagrado en la sección 26 del texto superior<sup>491</sup>. Desde entonces, la protección del derecho a la vivienda se ha convertido en la pretensión más recurrente entre las demandas que persiguen el amparo de alguno de los derechos económicos y sociales que ha reconocido el ordenamiento sudafricano<sup>492</sup>. En consecuencia, el fallo ha actuado como un efectivo detonante que ha propiciado un movimiento de litigio encauzado a obtener el amparo del derecho en cuestión, del cual no existían antecedentes.

MICHAEL LANGFORD ha explorado la influencia ejercida por el fallo en la modificación de las condiciones de vida de quienes reclaman la protección judicial del derecho a la vivienda. Para tal fin, ha analizado siete importantes casos —todos ellos de las provincias de Gauteng y el Cabo Occidental— cuyas demandas tienen en común el hecho de haber planteado como argumento central el desconocimiento del precedente establecido en *Grootboom*. El autor sostiene que en cada uno de estos procesos la

---

<sup>490</sup> BERGER, Op. Cit., p. 81.

<sup>491</sup> TISSINGTON, KATE, *A Resource Guide to Housing in South Africa: 1994-2010: Legislation, Policy, Programmes and Practice*, Johannesburg, Socio-Economic Rights Institute of South Africa, 2011, p. 43.

<sup>492</sup> CLARK, MICHAEL, *Evictions and Alternative Accommodation in South Africa: An analysis of the Jurisprudence and Implications for Local Government*, Johannesburg, Socio-Economic Rights Institute of South Africa, 2013, p. 3.



sentencia estructural cumplió un papel fundamental para lograr el restablecimiento de los derechos conculcados. En concreto, afirma que la estrategia de basar las reclamaciones en la sentencia sirvió para prevenir los desahucios que se hallaban en curso, para mejorar el suministro de servicios básicos y para obligar a los municipios a innovar sus políticas públicas en la materia<sup>493</sup>.

Muestra de ello se encuentra en los procesos promovidos por los habitantes que ocuparon el parque de Valhalla en Ciudad del Cabo<sup>494</sup> y por la comunidad *Joe Slovo*<sup>495</sup>. En ambos casos, la intervención de los tribunales permitió a los demandantes conservar la posesión de las propiedades en las que se habían instalado. El fundamento argüido en las sentencias apuntaba que, con arreglo al precedente fijado en *Grootboom*, no era posible desalojar a los moradores en atención a que las autoridades habían omitido el deber de garantizar una vivienda alternativa.

El primer juicio inició con ocasión de un proceso de desahucio mediante el cual la Ciudad del Cabo pretendía recuperar un parque público en el que un grupo de cincuenta personas había instalado un campamento. Los residentes decidieron interponer una contrademanda con el objetivo de denunciar la incompatibilidad de la política de vivienda de la ciudad con los requisitos establecidos en el fallo estructural. A su vez, acusaron a los responsables de su implementación de infringir las obligaciones discernidas por la Corte Constitucional, pues la mayoría de ellos llevaba más de diez años aguardando la adjudicación de un hogar, sin recibir del Estado ningún tipo de auxilio, después de haber sido incluidos en la lista de espera. El Alto Tribunal del Cabo, al que le correspondió la decisión de las dos controversias, denegó la demanda instaurada por la ciudad con fundamento en las razones ya señaladas y dio la razón a los habitantes del parque. En ese sentido, ordenó a las autoridades rendir un detallado informe en el que debían indicar las acciones emprendidas para resolver la situación de las personas que enfrentaban *situaciones desesperadas*, tal como ocurría en el caso concreto. Después de la remisión de cuatro informes, el Tribunal declaró que la ciudad

---

<sup>493</sup> LANGFORD, Op. Cit., p. 218.

<sup>494</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 10 de junio de 2009, caso CCT 22/08 [2009] ZACC 16, asunto *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape, vs. Thubelisha Homes and Others*.

<sup>495</sup> Sentencia del Alto Tribunal del Cabo de Buena Esperanza, División provincial, del 7 de julio de 2003, caso 8970/01, asunto *City of Cape Town vs. Rudoph and Others*.

no disponía de un programa de atención para estas personas y autorizó a los demandantes a permanecer en el parque hasta tanto no recibieran un hogar adecuado.

El proceso de la comunidad *Joe Slovo*, por su parte, inició gracias a una demanda de desalojo interpuesta con el fin de recobrar un terreno que se encontraba en las inmediaciones del Aeropuerto Internacional de la Ciudad del Cabo<sup>496</sup>. El caso resulta particularmente llamativo debido a que la Corte Constitucional confirmó la orden de desahucio emitida en primera instancia por el Alto Tribunal del Cabo Occidental. Si bien no es fácil determinar los fundamentos de la decisión debido a que cada uno de los cinco magistrados redactó un voto concurrente, lo cierto es que coincidieron en que la medida no infringía el principio de razonabilidad formulado en *Grootboom*. Sin embargo, la Corte condicionó la ejecución de la orden de desalojo al ofrecimiento de un hospedaje alternativo que garantizara a los moradores el acceso a servicios públicos y la posibilidad de hacer uso de escuelas y hospitales.

LANGFORD ha valorado positivamente el alcance de esta última sentencia por cuanto el condicionamiento introducido por la Corte impidió finalmente la realización del desalojo de la comunidad *Joe Slovo*<sup>497</sup>. Si bien la original confirmación del desahucio ordenado en primera instancia dio lugar a mordaces críticas en contra del Tribunal<sup>498</sup>, la segunda decisión se ha convertido en un referente paradigmático de ponderación entre los intereses que colisionan en este tipo de litigios. Gracias a la aprobación de esta última sentencia, los vecinos de la comunidad pudieron permanecer en el campo en el que habían levantado sus viviendas.

Enseguida se hace alusión a una decisión resaltada por LANGFORD que demostraría los resultados positivos provocados por *Grootboom* en la jurisprudencia: el caso *Modderklip*<sup>499</sup>. Dicho proceso fue promovido por el propietario de un vasto terreno ocupado por un grupo de cuatrocientas personas, quienes se instalaron allí luego de ser desahuciadas de otro predio en el que habían erigido un asentamiento informal. El

---

<sup>496</sup> Dicha actuación hacía parte de un proyecto de *mejora y embellecimiento* del terminal aéreo que había sido puesto en marcha con ocasión de la realización de la Copa Mundial de Fútbol.

<sup>497</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 31 de marzo de 2011, caso CCT 22/08 ZACC 8, asunto *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape vs. Tubelisha Homes and Others*.

<sup>498</sup> LANGFORD, Op. Cit., p. 211

<sup>499</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 10 de mayo de 2005, caso CCT 20/04, asunto *President of the Republic of South Africa and Minister of Agriculture and Land Affairs vs. Modderklip Boerdery (PTY) LTD. And Others*.

demandante reclamaba la protección de su derecho a la propiedad privada con fundamento en la renuencia de las autoridades a ejecutar una orden judicial de lanzamiento hasta tanto el propietario no abonara un depósito de \$1,8 millones de rands sudafricanos, el cual sería destinado en su totalidad a la realización del desahucio requerido<sup>500</sup>. La decisión adoptada en última instancia por la Corte Constitucional ha sido acogida de manera favorable por la doctrina<sup>501</sup>, pues, no solo resolvió con ponderación las pretensiones del demandante, sino que actuó como un catalizador para el mejoramiento de la situación en que se encontraban los ocupantes de la propiedad. En cuanto a lo primero, el Tribunal manifestó que la carga impuesta al demandante era abiertamente desproporcionada, ya que el importe del depósito exigido era superior al valor del propio inmueble. En consecuencia, ordenó a las autoridades pagar al propietario un canon de arrendamiento mientras persistiera la ocupación. Por otra parte, en lo que se refiere a los residentes de la granja *Modderklip*, dicha orden impulsó la creación de un programa de emergencia encaminado a resolver de manera definitiva el problema de vivienda que enfrentaban. De acuerdo con la interpretación propuesta por el autor, la presión ejercida por la obligación creada en el fallo obligó a las autoridades a obrar con diligencia para eximirse del pago del alquiler a la mayor brevedad posible. Como resultado de ello, el Departamento de Vivienda desarrolló un plan, cuya implementación inició en el año 2006, que tuvo como propósito ofrecer a la comunidad 7.278 unidades residenciales. La adjudicación final de los hogares ha avanzado «a un paso ligeramente más rápido que el de *Grootboom*»<sup>502</sup> y los miembros de la comunidad que aún permanecen en el predio han conseguido mejoras, tales como el suministro de agua potable, la recolección semanal de desechos y la posibilidad de hacer uso de una escuela y de una clínica ubicadas en un lugar próximo<sup>503</sup>.

---

<sup>500</sup> Según la tasa de cambio de la época, el dinero exigido al propietario ascendía a la suma de \$82.320 dólares americanos. El elevado precio del depósito judicial se debió al crecimiento exponencial del número de residentes en el predio, el cual pasó de 400 a 40.000 para el momento en que se pretendía ejecutar la orden de desalojo.

<sup>501</sup> Además de los comentarios hechos por Langford sobre el particular, ver BERGER, Op. Cit., CLARK, Op. Cit., LIEBENBERG, Op. Cit.

<sup>502</sup> LANGFORD, Op. Cit., p. 215.

<sup>503</sup> BERGER, Op. Cit., p. 76-77. No obstante, es preciso advertir que durante la ejecución del plan se han presentado reclamaciones relacionadas con el saneamiento básico y con la instalación de los baños públicos ofrecidos a los residentes que aguardaban en el campo. Adicionalmente, durante el proceso de reubicación se han producido graves hechos de violencia debido a enfrentamientos entre oficiales de la policía y personas ajenas a la comunidad que han intentado ocupar los lugares vacantes de quienes han recibido un hogar definitivo. Al respecto, ver LANGFORD, Op. Cit., p. 215.

En conclusión, a juicio de un importante sector de la doctrina, *Grootboom* ha acarreado un significativo cambio en la jurisprudencia y en el proceder de los tribunales encargados de resolver las controversias relacionadas con la ocupación de tierras. Dicha modificación ha logrado rectificar la imagen creada en torno al Poder Judicial durante el *apartheid*. Según esto, habría dejado de ser una institución dedicada a la celosa guarda de los intereses del establecimiento para convertirse, a los ojos de la sociedad sudafricana, en una estructura de poder comprometida con la protección de los desposeídos<sup>504</sup>.

A esta visión de los efectos producidos por *Grootboom* se contrapone una interpretación que ha hecho énfasis en la continuidad de los problemas que pretendía corregir la Corte Constitucional. Según esta mirada, la prolija aparición de fallos que ordenan la implementación de una política pública de vivienda, y que, desde la perspectiva de los moradores, únicamente les permiten conservar los precarios hogares que han erigido, sería una prueba fehaciente del incumplimiento generalizado de la orden impuesta en el fallo estructural<sup>505</sup>. Pues, como veremos enseguida, el número de personas que carecen de una vivienda adecuada sigue siendo una cifra abrumadora y el mejoramiento de las condiciones de vida que enfrentan quienes habitan hogares informales es aún una tarea pendiente de la que debe ocuparse el Estado<sup>506</sup>. Para todas estas personas —sostienen quienes niegan la eficacia del fallo estructural— *Grootboom* ha provocado cambios apenas perceptibles, dado que el problema de fondo que tendría

---

<sup>504</sup> De acuerdo con el Centro de Recursos Legales —una de las asociaciones cívicas de derechos humanos más importantes en Sudáfrica— *Grootboom* «fue un punto de inflexión en la democracia constitucional [del país]. Algo fundamental ha cambiado sutilmente en Sudáfrica: el poder de las personas en pobreza extrema que les permite obtener asistencia de parte del Estado». Entre otros autores que comparten dicha apreciación se encuentran KLARE, KARL, Op. Cit.; LANGA, PIUS, «Transformative Constitutionalism», en *Stellenbosch Law Review*, 2006, vol. 17, n.º 3, pp. 351-360; CHRISTIANSEN, ERIC, «Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to advance Substantive Justice», en *The Journal of Gender, Race & Justice*, 2010, vol. 13, n.º 575, pp. 575-614.

<sup>505</sup> Luego de hacer un breve listado de las sentencias que han seguido la estela de *Grootboom*, Mbazira sostiene lo siguiente: «los hechos y asuntos en estos casos son similares en muchos aspectos al caso *Grootboom*, y la cuestión de la implementación de los principios de *Grootboom* fue planteada en cada uno de ellos. De los casos se sigue que si la decisión *Grootboom* hubiese sido cumplida adecuadamente, los nuevos litigios se hubieran evitado». MBAZIRA, CHRISTOPHER, «Non-implementation of Court Orders in Socio-Economic Rights Litigation in South Africa», en *Economic and Social Rights Review*, Vol. 9, n.º 4, pp. 2-7.

<sup>506</sup> LILIAN CHENWI ha apuntado lo siguiente: «la crisis de vivienda —lo que comprende atrasos, desahucios, expulsiones e inadecuación de los hogares, entre otros— es aún una realidad en el país. Sudáfrica todavía enfrenta un *crítico retraso en la adjudicación de viviendas a nivel nacional*». CHENWI, LILIAN, «Implementation of Housing Rights in South Africa: Approaches and Strategies», en *Journal of Law and Social Policy*, 2015, n.º 24, pp. 68-87.

que ser acometido –la subsistencia de un tácito sistema de asignación de bienes y servicios que opera con base en criterios raciales– permanece inalterado.

MARIUS PIETERSE ha destacado los efectos perjudiciales que habría provocado la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los movimientos sociales. Basado en algunos de los planteamientos de la escuela de los Estudios Críticos del Derecho [*Critical Legal Studies*]<sup>507</sup>, ha declarado que, a pesar del potencial transformador que entraña, el discurso de los derechos económicos y sociales ha sido «cómplice, en vez de víctima, del incumplimiento de las necesidades que estos representan»<sup>508</sup>. La jurisprudencia habría distraído la atención de los movimientos sociales, los cuales habrían dejado de reclamar prestaciones concretas, como el suministro efectivo de las viviendas o el acceso real a los servicios sociales, para demandar únicamente el cumplimiento de abstractos principios de buen gobierno, como por ejemplo el principio de razonabilidad propuesto en *Grootboom*. De tal suerte, estos movimientos habrían caído en la trampa prevista por MARTIN LUTHER KING, quien, anticipando las derrotas que enfrentarían ante los tribunales o las victorias meramente simbólicas que estos podrían ofrecer, exhortó a los afroamericanos a emprender acciones sociales y políticas a fin de combatir la segregación racial en vez de optar por el camino de las reclamaciones judiciales.

En opinión de PIETERSE, la experiencia sudafricana corrobora la tesis según la cual la promulgación de las cartas de derechos permite al *statu quo* asimilar dentro del sistema las reivindicaciones sociales que las inspiran. Con arreglo a este planteamiento, una vez tales demandas han sido incorporadas en los ordenamientos bajo la forma de principios o derechos, es posible limitar su alcance proponiendo la colisión de estos con otros bienes jurídicos de gran valor para el establecimiento, tales como la propiedad privada o la seguridad jurídica. En ese sentido, la promulgación de estas declaraciones serviría para aplacar el ímpetu de las exigencias de cambio social elevadas por estos movimientos. En el caso específico, la consagración del derecho a la vivienda habría apaciguado el afán de promover un ambicioso programa de redistribución de tierras que

---

<sup>507</sup> Entre otros, GABEL, PETER, «Symposium: A Critique of Rights: The Phenomenology or Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves», en *Texas Law Review*, 1984, n.º 62, pp. 1563-1598; TUSHNET, MARK, «Ensayo sobre los derechos», en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1984, pp. 111-160.

<sup>508</sup> PIETERSE, Op. Cit., p.796.

corrigiera las iniquidades provocadas por el *apartheid*. Sus líderes y los ciudadanos que reclamaban transformaciones de esta índole habrían interpretado como una victoria el hecho de que el acceso a la vivienda hubiese devenido en derecho, ya que de este modo habría dejado de ser una mera aspiración para convertirse en una obligación en cabeza del Estado. La consecución de este logro haría innecesaria la movilización social debido a que el mismo ordenamiento jurídico proporcionaría instrumentos mediante los cuales se podría exigir el cumplimiento de dicho deber.

En este orden de ideas, *Grootboom* sería una de las piezas centrales del engranaje dispuesto para reorientar el curso de dichas reivindicaciones. Al declarar que la sección 26 del texto constitucional reconoce un auténtico derecho fundamental, la Corte estaría corroborando que las fuerzas sociales que reclamaban una drástica transformación del sistema habrían triunfado. Sin embargo, la misma sentencia desvelaría el verdadero alcance de esta victoria al señalar que este derecho no permite a sus titulares demandar el suministro de una vivienda adecuada. Por el contrario, según se ha dicho, únicamente les permite exigir la implementación de una política pública de vivienda acorde con el principio de razonabilidad. En ese sentido, a juicio de PIETERSE, la sentencia cumpliría dos objetivos primordiales para la conservación de los intereses del establecimiento: por un lado, difundiría una percepción de victoria entre los movimientos sociales que los persuadiría de la futilidad de perseverar en sus reclamaciones en el ámbito de la política, y por otra parte, en lugar de prestaciones concretas, concedería a los ciudadanos únicamente una facultad etérea que no conduce a la ejecución de las radicales transformaciones que tales movimientos reclamaban. De ahí que el autor sostenga que la jurisprudencia constitucional haya sido partícipe de la conservación del inicuo orden social del país africano<sup>509</sup>.

Después de analizar las repercusiones de *Grootboom* en la jurisprudencia y en la dinámica de los movimientos sociales, se da inicio al estudio de la influencia ejercida

---

<sup>509</sup> No obstante, PIETERSE sostiene que los derechos económicos y sociales siguen siendo una importante herramienta de la que pueden valerse los ciudadanos para obtener transformaciones significativas del orden social. Para cumplir dicho cometido, sería necesario emplearlos como facultades legales concretas que conduzcan al suministro de prestaciones reales, capaces de resolver de manera efectiva las necesidades de las personas. A juicio del autor, es preciso que la estrategia de litigio desplegada ante los tribunales presione el abandono de la perspectiva abstracta y procedimental que hasta ahora ha predominado en la jurisprudencia que se ha ocupado de establecer el alcance de los derechos sociales. En lugar de ello, los litigantes tendrían que fortalecer un enfoque que haga énfasis en las *experiencias reales* —según la expresión utilizada por Mark Tushnet— que los derechos pretenden remediar. PIETERSE, Op. Cit.

por el fallo en el campo específico de la política pública de vivienda diseñada por el Estado.

### ***(5.5.3.) Incidencia de Grootboom en la política pública de vivienda***

Uno de los logros más significativos que ha conseguido la sociedad sudafricana gracias a la intervención de la Corte es la creación de una política pública dirigida a ofrecer atención especial a las personas que han perdido sus hogares debido a circunstancias extraordinarias: el Programa de Vivienda de Emergencia [*Emergency Housing Policy*] creado por los Gobiernos provinciales y nacional en el año 2004. De acuerdo con la exposición de motivos de dicho programa, este último fue diseñado con el objetivo de dar cumplimiento a la orden estructural emitida por el Tribunal en *Grootboom*<sup>510</sup>. Según consta en el capítulo XIII del Código Nacional de Vivienda, mediante su implementación las autoridades pretenden «brindar alivio temporal a las personas que habitan en zonas rurales y urbanas que se encuentran en situación de emergencia»<sup>511</sup>.

A juicio de STUART WILSON —quien funge como director del Instituto de Derechos Económicos y Sociales de Sudáfrica—, la creación de esta política pública es uno de los resultados más fructíferos que ha producido el fallo de la Corte<sup>512</sup>. Su

---

<sup>510</sup> La doctrina ha precisado que la concepción del programa también se debió a la grave crisis de vivienda producida en la provincia de Limpopo como consecuencia de las inundaciones del año 2000. Al respecto, ver TISSINGTON, Op. Cit., p. 44 y LANGFORD, Op. Cit., p. 198.

<sup>511</sup> En cuanto a su funcionamiento, el programa contempla un sistema de distribución de subsidios al que pueden recurrir los municipios que requieren ayuda para enfrentar este tipo de circunstancias. Entre los sucesos que han sido previstos para la solicitud de recursos se encuentran las inundaciones, terremotos, incendios, accidentes industriales y los demás eventos que constituyan caso fortuito o fuerza mayor. Adicionalmente, el plan brinda atención a las personas que han sido evacuadas de asentamientos informales que hayan sido erigidos en zonas destinadas a la realización de obras públicas. Por último, pretende aliviar la situación de quienes han perdido sus hogares, o se encuentran ante un riesgo inminente de perderlos, como consecuencia de la ejecución de órdenes judiciales de desahucio. Conviene destacar que, de acuerdo con los lineamientos del plan, los recursos son suministrados directamente a los municipios, que han de encargarse de su gestión, y solo pueden ser destinados a la solución de problemas de vivienda.

Los municipios cumplen un papel protagónico en la implementación de esta política pública pues son los responsables de solicitar la provisión de las ayudas y, en el evento en que sean efectivamente otorgadas, de decidir la orientación de los proyectos de asistencia. De cualquier modo, el Código de Vivienda precisa que estos últimos deben encaminarse a promover un desarrollo acelerado de las comunidades y a garantizar tanto la existencia de lugares de albergue transitorio como la prestación de los servicios públicos básicos que requiera la población.

<sup>512</sup> WILSON, STUART, «Breaking the Tie: Evictions From Private Land, Homelessness and a New Normality», en *South African Law Journal*, 2009, n.º 2, pp. 270-290.

importancia estriba en que, además de formular una respuesta coherente y estructurada a dicho problema, reconoce un derecho cuya protección podría ser demandada por los ciudadanos. En palabras del autor, la incidencia del fallo en este campo consiste en que «*Grootboom* permitió la creación de un derecho a la vivienda de emergencia y de mecanismos para su implementación, al menos a través de la aplicación del Programa de Vivienda de Emergencia»<sup>513</sup>.

Sin embargo, la puesta en marcha de esta política pública ha dado lugar a serios reparos<sup>514</sup>. La principal objeción que ha sido formulada en su contra se funda en las limitaciones que establece para la participación directa de los ciudadanos. Según esta crítica, el procedimiento dispuesto para obtener acceso a las ayudas del programa los pone en una situación de dependencia absoluta frente a la Administración municipal. Esto es así dado que tales peticiones únicamente pueden ser tramitadas por conducto de los municipios, con lo cual las personas carecen de instrumentos para solicitar por su cuenta el suministro de los subsidios a los que —de acuerdo con la afirmación hecha por WILSON— *tendrían derecho*.

Tal situación ha generado un funcionamiento deficiente de la política pública, pues las entidades territoriales son renuentes a solicitar su inclusión en el programa debido a las responsabilidades adicionales que esto acarrea para ellas. Conforme a la investigación adelantada por TISSINGTON, «las intervenciones realizadas por los municipios para hacer frente a situaciones de emergencia en el marco del Programa de Vivienda de Emergencia han sido, en gran parte, mínimas y administradas sobre una base *ad hoc*»<sup>515</sup>. Como consecuencia de lo anterior, para el año 2009 la política en cuestión únicamente había sido implementada en seis de las nueve provincias del país<sup>516</sup>. En su mayoría, advierte la autora, los recursos habrían sido destinados a la

---

<sup>513</sup> Ídem., p. 283.

<sup>514</sup> Entre otros, ver TISSINGTON, Op. Cit., LANGFORD, Op. Cit.

<sup>515</sup> TISSINGTON, Op. Cit., p. 95.

<sup>516</sup> Otra muestra de la reticencia de los municipios a involucrarse en el Programa de Vivienda de Emergencia se encuentra en el caso *Nokotyana*, resuelto en última instancia por la Corte Constitucional. Dicho proceso fue promovido por un grupo de habitantes de un asentamiento informal que reclamaba el mejoramiento *in situ* de sus hogares con fundamento en lo dispuesto en el capítulo XIII del Código de Vivienda, en el que, valga la reiteración, se encuentra consignada la política pública bajo estudio. El municipio se opuso a la solicitud arguyendo que la comunidad llevaba varios años ocupando el terreno, razón por la cual su situación no se enmarcaría dentro del supuesto de hecho previsto en la normativa. La Corte Constitucional confirmó el fallo de primera instancia que había negado las pretensiones de los demandantes. Sin embargo, exhortó a las autoridades a concluir en un lapso de catorce meses los *estudios de factibilidad* que estaban en curso para determinar si las mejoras requeridas podían ser llevadas a cabo



atención de desastres naturales acaecidos en zonas rurales, por lo que el programa habría tenido una repercusión muy limitada entre quienes han perdido sus hogares como consecuencia de los procesos judiciales de desahucio.

Por otra parte, es menester señalar que en algunas ciudades la política pública en cuestión ha sido utilizada para encubrir el grave déficit de vivienda formal que se presenta en el país. Según el relato hecho por TISSINGTON, en varios centros urbanos, como Johannesburgo, El Cabo y Durban, proliferan los lugares conocidos como *áreas de reubicación temporal*. Tales zonas han sido dispuestas para alojar a habitantes de asentamientos informales que han sido reubicados por las autoridades, en muchos casos sin contar con su aquiescencia. En atención a que no se encuentran allí en condición de ocupantes y a que la Administración se encarga de la gestión de dichos asentamientos, estas personas son excluidas del censo de habitantes de viviendas informales. Esta estrategia resulta sumamente provechosa para las autoridades locales, pues a cambio de un esfuerzo mínimo —en comparación con el que supone la provisión de hogares adecuados y definitivos—, pueden presentar resultados favorables en uno de los asuntos que despierta mayor preocupación en el electorado. El grave inconveniente de dicho proceder es que «debido a su proclamado carácter transitorio, los funcionarios de la ciudad no se muestran dispuestos a invertir mucho en infraestructura en estas áreas»<sup>517</sup>. A causa de esto, las demandas y las reclamaciones dirigidas a obtener mejoras en los albergues y una adecuada prestación de los servicios públicos se han convertido en hechos habituales. A esto último se suma la inexistencia de incentivos eficaces que lleven a los regidores municipales a encargarse de manera definitiva de la situación que enfrentan estos ciudadanos. En razón de lo anterior, una vez han conseguido el objetivo al que se ha hecho alusión, las autoridades se desentienden del problema y, por consiguiente, la estadía de estas personas en las zonas de reubicación temporal suele prolongarse de manera indefinida<sup>518</sup>.

Para concluir el estudio de la repercusión de *Grootboom* en el ámbito de la política pública, es oportuno llevar a cabo un diagnóstico general de la situación de

---

en el predio en cuestión. Vale la pena resaltar que tales estudios habían sido iniciados tres años antes de la interposición de la demanda, circunstancia que demuestra el alto grado de negligencia de la Administración. Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 19 de noviembre de 2009, caso CCT 31/09 [2009] ZACC 33, asunto *Hohnson Matotoba Nokotyana and Others vs. Ekurhuleni Metropolitan Municipality and Others*.

<sup>517</sup> TISSINGTON, Op. Cit., p. 96.

<sup>518</sup> Ídem., p. 96 y ss.

vivienda en el país africano. Así se establece si la intervención de la Corte ha logrado desencadenar cambios sustanciales en la materialización efectiva del derecho consagrado en la sección 26 de la Constitución. El impacto del fallo podría medirse comparando las cifras de acceso y calidad de la vivienda que existían antes de *Grootboom* con las que han aparecido con posterioridad a su aprobación. Por desgracia, no es posible realizar dicho ejercicio debido a la deficiente información sobre el agudo problema de falta de viviendas en el país. Según fue admitido por el director del Departamento de Asentamientos Humanos, órgano del Gobierno nacional encargado de la vivienda y el desarrollo urbano, «buena parte de la información existente sobre el rezago habitacional en Sudáfrica es poco fiable»<sup>519</sup>. En el mismo sentido, la oficina del Tesoro Nacional denunció en el año 2009 la inexistencia de un registro detallado a nivel nacional que diera cuenta de la inversión realizada por los municipios en este campo<sup>520</sup>. Al respecto, el despacho resaltó que «estas fallas en la información son un grave inconveniente para el sector y reflejan las dificultades de coordinación que se han experimentado hasta el día de hoy. Dicha situación obstaculiza seriamente cualquier análisis detallado, supervisión o rendición de cuentas»<sup>521</sup>.

Como consecuencia de lo anterior, no es posible determinar con certeza el grado de implementación de la orden estructural emitida en *Grootboom*. No obstante, el hecho mismo de que varios años después de su expedición no se haya dispuesto un sistema de información fiable que permita a las autoridades hacerse una idea del desafío que enfrentan, deja entrever que la grave situación que fue denunciada entonces continúa sin ser resuelta. Para que una política pública sea exitosa es indispensable que exista una sólida base de datos que proporcione un panorama completo y detallado de la situación que pretende ser corregida. Sin dicho respaldo las causas de las que esta última procede y las manifestaciones que requieren una intervención inmediata del Estado permanecen en un oscuro fondo que obstaculiza su tratamiento adecuado. En una palabra, al no contar con información suficiente, las autoridades ignoran tanto las dimensiones de la

---

<sup>519</sup> Intervención del director del Departamento de Asentamientos Humanos ante la Comisión Parlamentaria sobre Asentamientos Humanos, realizada el 2 de diciembre de 2009, en TISSINGTON, Op. Cit., p. 30.

<sup>520</sup> NATIONAL TREASURY OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, «Chapter 6: Human Settlements», en *Provincial Budgets and Expenditure Review 2005/2006 – 2011/2012*, Septiembre de 2009, p. 96. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.treasury.gov.za/publications/igfr/2015/prov/06.%20Chapter%206%20-%20Human%20Settlements.pdf>

<sup>521</sup> Ídem., p. 100.

problemática como los procedimientos más eficaces que podrían ser empleados para combatir sus efectos. Por tanto, la inexistencia del aludido registro es un mal síntoma sobre el progreso de la política pública cuya implementación fue ordenada en el fallo.

A pesar de esta grave falla, es preciso señalar que el Estado ha puesto en marcha diversos planes de acción encaminados a mitigar el agudo problema de vivienda que se presenta a lo largo del territorio<sup>522</sup>. A partir de la caída del *apartheid*, los gobiernos del Congreso Nacional Africano, partido político en el poder desde la elección de NELSON MANDELA en 1994, han destinado cuantiosas partidas presupuestales a la consecución de dicho propósito. De acuerdo con las cifras suministradas por el Departamento Nacional de Vivienda, durante el lapso comprendido entre los años 1994 y 2004 se realizó una inversión total de \$29.500 millones de rands sudafricanos —equivalente a \$2.300 millones de dólares— para la construcción de nuevos hogares y para el mejoramiento de las viviendas preexistentes<sup>523</sup>. Dicha inversión habría favorecido a un total de 1,6 millones de familias. Por otra parte, según el informe elaborado en 2007 sobre los Objetivos del Milenio, el Gobierno anunció que hasta entonces había otorgado un total de tres millones de subsidios de vivienda<sup>524</sup>. Un número aproximado de diez millones de sudafricanos se habrían beneficiado de estas inversiones. En el mismo informe se reveló que el Estado habría invertido para la época —siete años después de la expedición de *Grootboom*— \$40.000 millones de rands sudafricanos —\$3.212 millones de dólares— a proyectos de desarrollo urbano. Conviene destacar, por otro lado, que en el año 2010 el ministro del Departamento de Asentamientos Humanos declaró que «desde 1994 más de 2,3 millones de unidades habitacionales se han puesto a disposición de aproximadamente once millones de personas»<sup>525</sup>.

---

<sup>522</sup> El Parlamento sudafricano ha aprobado varias leyes que regulan el tema. Entre ellas sobresalen la *Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act*, aprobada en 1998; la *Housing Act*, de 1997; la *Housing Consumers Protection Measures Act*, promulgada en 1998, y las dos enmiendas a la *Housing Act*, aprobadas en 1999.

<sup>523</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE VIVIENDA DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, «Breaking New Ground: A Comprehensive Plan for the Development of Sustainable Human Settlements», 2004. Documento electrónico revisado el 22 de septiembre de 2015, disponible para consulta en [http://abahlali.org/files/Breaking%20new%20ground%20New\\_Housing\\_Plan\\_Cabinet\\_approved\\_version.pdf](http://abahlali.org/files/Breaking%20new%20ground%20New_Housing_Plan_Cabinet_approved_version.pdf)

<sup>524</sup> DEPARTAMENTO NACIONAL DE VIVIENDA DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, «South Africa: Millennium Development Goals Mid-Term Country Report», septiembre de 2007. Documento electrónico revisado el 22 de septiembre de 2015, disponible para consulta en [http://www.govs.za/sites/www.govs.za/files/mdg\\_midterm\\_0.pdf](http://www.govs.za/sites/www.govs.za/files/mdg_midterm_0.pdf)

<sup>525</sup> En TISSINGTON, Op. Cit., pp. 31. No obstante, es preciso señalar que dicho logro ha sido cuestionado por especialistas en asentamientos humanos. KECIA RUST ha advertido que la cifra

En conclusión, de acuerdo con los informes oficiales, el Estado se ha preocupado por resolver el problema de déficit habitacional que se presenta en el país. El hecho de que la Corte Constitucional haya emitido una sentencia declarativa, en lugar de una orden unidireccional, demuestra que el Tribunal reconoce en las autoridades una clara disposición a emprender las acciones necesarias para acatar el fallo<sup>526</sup>.

Sin embargo, las actuaciones llevadas a cabo hasta ahora no han conseguido remediar la grave crisis de vivienda que subsiste en el país. El rezago habitacional [*housing backlog*] —criterio que hace referencia al número de hogares requeridos para lograr una cobertura plena de la población— ha registrado una marcada tendencia de crecimiento. Mientras que en el año 1994 dicha cifra ascendía a un total de 1,5 millones de unidades habitacionales, lo que suponía que 8,5 millones de sudafricanos carecían de un hogar adecuado, en el año 2010 —diez años después de *Grootboom*— el número se elevó a 2,1 millones de unidades. Esto último significa que más de doce millones de personas no disponían entonces de un techo adecuado.

La cifra más reciente sobre el particular fue proporcionada el 15 de julio de 2014 por LINDIWE SISULU, ministra del Departamento de Asentamientos Humanos<sup>527</sup>, quien en un informe rendido ante el Parlamento con ocasión de la aprobación de los presupuestos generales anunció que el rezago habitacional existente para el primer semestre del año 2014 había ascendido a 2,3 millones de unidades habitacionales. Lo anterior quiere decir que más de trece millones de ciudadanos, de una nación conformada por 54 millones de habitantes, no contaban con un hogar adecuado. Por otro lado, en el mismo reporte la ministra manifestó que durante los últimos cinco años la entrega de viviendas había disminuido en un porcentaje equivalente al 25% y que la

---

presentada por el Gobierno no discrimina el número de hogares construidos con ayuda del Estado de aquellos que fueron edificados por iniciativa privada. A su vez, en ella se incluyen las transferencias de dominio de inmuebles que eran propiedad del Estado y pasaron a manos de particulares, en cuyo caso no se habría producido la construcción de nuevas viviendas. Citado originalmente en SEEKINGS, JEREMY ET AL., *The Social Consequences of Establishing 'Mixed' Neighbourhoods*, Ciudad del Cabo, University of Cape Town Press, 2010, p. 5.

<sup>526</sup> Dicha inferencia se basa, además, en la opinión manifestada por la Corte dos años después en la sentencia *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*. En dicha ocasión, al momento de decidir el tipo de orden que sería impuesta, el Tribunal manifestó que «el Gobierno siempre ha respetado y ejecutado las órdenes de este Tribunal. No existen [por tanto] razones para considerar que no habrá de hacerlo en el presente caso». *TAC*, par. 129.

<sup>527</sup> Intervención de la ministra del Departamento de Asentamientos Humanos ante el Pleno del Parlamento de la República de Sudáfrica, realizada el 15 de julio de 2014. Tomado de la página web <http://mg.co.za/article/2014-07-15-sas-sad-story-of-housing>, consultada el 23 de septiembre de 2015.

estructura del Estado dispuesta para la solución de este colosal desafío se encontraba «indebidamente equipada [*ill-equipped*]». La ministra concluyó su intervención, en la que solicitaba al Legislador un incremento sustancial de las partidas presupuestales destinadas al sector, manifestando que las anteriores cifras reflejan la «triste historia de la vivienda en Sudáfrica».

De cualquier modo, es imprescindible resaltar que el alarmante incremento del rezago habitacional no se debe únicamente a las deficiencias de la política pública pergeñada por el Estado. Según ha señalado TISSINGTON, también han incidido otras causas que han provocado un aumento de la demanda de vivienda formal por parte de los ciudadanos<sup>528</sup>, como son la creciente migración del campo a las ciudades, la existencia de un *desempleo estructural* que ha minado la capacidad adquisitiva de los habitantes, el vertiginoso ritmo de crecimiento de los centros urbanos y la renuencia del sector financiero a facilitar el acceso al crédito hipotecario. Cada uno de estos factores ha agudizado la gravedad del problema que enfrentan las autoridades y ha eclipsado casi por completo los logros conseguidos en la materia.

En conclusión, los problemas de acceso y de calidad de la vivienda que produjo el *apartheid* en Sudáfrica se mantienen hasta el día de hoy a pesar de la aprobación de *Grootboom*. Si bien se han producido cambios favorables en el proceder de las autoridades, la falta de hogares adecuados se ha consolidado como uno de los mayores retos pendientes de solución en todo el territorio nacional, particularmente en las grandes ciudades. En este orden de ideas, pese a que no hay cifras que permitan comparar con precisión la situación presente con la que existía antes del fallo, los datos actuales sobre el incremento del rezago habitacional y los informes sobre la dudosa calidad de las viviendas construidas no permiten realizar una valoración positiva de los resultados de esta intervención estructural. De igual modo, las consecuencias que ha traído para las personas que enfrentan procesos judiciales de desalojo y, de forma concreta, para los miembros de la comunidad *Grootboom* tampoco han sido del todo provechosas. En el primer caso, el precedente jurisprudencial únicamente les ha permitido conservar las moradas informales que ellos mismos han construido, las cuales carecen normalmente de servicios públicos y de otras condiciones esenciales propias de un hogar digno. En consecuencia, no parece apropiado afirmar que, de este modo, los tribunales aseguren la protección judicial de un auténtico *derecho a una vivienda*

---

<sup>528</sup> TISSINGTON, Op. Cit., p. 34.

*adecuada*. De otro lado, los integrantes de la comunidad liderada por Irene Grootboom tuvieron que esperar más de una década para que, en su caso, se hiciese efectivo este *derecho fundamental*. La mujer que abanderó este proceso no vivió lo suficiente para ver cumplidas las promesas del texto constitucional.

En estos términos, se concluye el análisis de la repercusión de *Grootboom* en el ordenamiento sudafricano. Ahora, se da inicio al análisis de las implicaciones de otro emblemático fallo estructural al que se ha hecho referencia en esta investigación: la sentencia T-025 de 2004, aprobada por la Corte Constitucional colombiana.

#### ***(5.6.) El desplazamiento forzado como un «estado de cosas inconstitucional»: la experiencia colombiana***

Para concluir este capítulo dedicado al análisis de los efectos del amparo estructural se examina uno de los procesos más emblemáticos de esta tendencia judicial: la sentencia T-025 de 2004, expedida por la Corte Constitucional colombiana, en la que se emprendió una ambiciosa intervención judicial encaminada a remediar la situación de millones de personas que han sido víctimas del desplazamiento forzado provocado por el conflicto armado interno que se libra en el país.

En opinión de un sector de la doctrina, «la T-025 constituye el intento judicial más explícito y sistemático en Latinoamérica para implementar una decisión estructural»<sup>529</sup>. Aunado a lo anterior, el caso despierta particular interés debido a que es una muestra relativamente reciente del amparo estructural y a que, a diferencia de lo ocurrido en *Brown* y *Grootboom*, la Corte colombiana resolvió supervisar por su propia cuenta la implementación de las órdenes emitidas. Doce años después de la expedición del fallo, el proceso de seguimiento continúa y ha dado lugar a la aprobación de un número aproximado de trescientas decisiones judiciales —autos de seguimiento— a través de las cuales el Tribunal ha evaluado las acciones acometidas por el Gobierno y ha fijado nuevas directrices para lograr el restablecimiento efectivo de los derechos de los desplazados.

---

<sup>529</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2015, p. 34.

El proceso de seguimiento se ha trazado como objetivo la realización de un escrutinio abierto y minucioso del proceder de las principales autoridades que se encargan de la implementación de la política pública en la materia. Esto se refleja en las audiencias públicas convocadas por el Tribunal, donde los altos funcionarios del Gobierno comparecen periódicamente para dar cuenta de los progresos obtenidos y para justificar los incumplimientos que aún persisten. En más de 20 ocasiones, han acudido a la Sala de Audiencias de la Corte Constitucional ministros, directores de Departamentos Administrativos y jefes de las entidades del orden nacional encargadas de estos temas. Sus informes han sido contrastados, y con frecuencia controvertidos, en estas mismas sesiones por los directores de los órganos de control, esto es, por el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Defensor del Pueblo. En estas audiencias también han participado activamente algunos sectores de la sociedad civil: asociaciones de desplazados, organizaciones no gubernamentales y miembros de la academia.

En estos términos, la labor de seguimiento realizada por la Corte Constitucional ha impulsado la realización de un ejercicio *sui generis* de rendición de cuentas: la Administración se ve obligada a presentar de manera periódica reportes técnicos sobre la evolución de la política pública sobre desplazamiento forzado. Dichos informes son sometidos a un riguroso análisis por parte del Tribunal y por los demás actores que se encuentran involucrados en este asunto<sup>530</sup>.

El fenómeno del desplazamiento forzado en Colombia es una de las crisis humanitarias más alarmantes que se presenta en el mundo en la actualidad. De acuerdo con el último informe elaborado por la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, en el año 2014 el número de desplazados en el país fue de 6.044.552<sup>531</sup>. Esto indica que un 12,5% del total de la población colombiana ha tenido que abandonar sus hogares para preservar su vida frente a la amenaza que representan los actores armados que toman parte en dicho conflicto. La gravedad de esta situación

---

<sup>530</sup> Esta metodología de seguimiento guarda una cierta similitud con el procedimiento de control dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la India para verificar el cumplimiento de la sentencia estructural emitida en el caso del derecho a la alimentación. Según fue indicado en el capítulo I, luego de emitir las órdenes correspondientes, la Corte designó a dos comisionados expertos en la materia para que se encargaran de supervisar su implementación por parte de las autoridades. Al respecto, SHANKAR, Op. Cit., 2013.

<sup>531</sup> ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2014*. Recuperado el día 8 de abril de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1>

es resaltada por el hecho de que el único país que hoy en día cuenta con una cifra superior de refugiados es Siria, donde se cuentan 7.947.665 víctimas de este flagelo. De ahí que, en un fallo previo a la sentencia T-025, la Corte Constitucional hubiese calificado el desplazamiento interno como una «tragedia nacional que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas»<sup>532</sup>.

Pese a que la prolongación del conflicto armado ha hecho de este fenómeno una realidad cada vez más dramática, para la época en que la Corte inició la intervención judicial el desplazamiento había adquirido ya las trazas de una catástrofe social. En el año 2004, el número total de desplazados superaba la cifra de tres millones de personas. La penosa realidad que encontraban estas personas en las ciudades en las que buscaban acogida fue descrita en los siguientes términos en la sentencia T-025 de 2004:

El 92% de la población desplazada presenta necesidades básicas insatisfechas y el 80% se encuentra en situación de indigencia. Igualmente, el 63,5% de la población desplazada tiene una vivienda inadecuada y el 49% no cuenta con servicios idóneos. En cuanto a la situación alimentaria de la población desplazada, se concluye que la “brecha en calorías” de los hogares desplazados es del 57%, es decir, que solo consumen el 43% de los niveles recomendados por el PMA [Programa Mundial de Alimentos]. Igualmente, se encontró que el 23% de los niños y niñas menores de seis años desplazados están por debajo del estándar alimenticio mínimo (...) En relación con el grado de acceso a la educación de la población escolar desplazada, se observa que el 25% de los niños y niñas entre 6 y 9 años no asiste a un establecimiento escolar, mientras que esta proporción para las personas entre 10 y 25 años es de 54%. Por último, en relación con la salud de las víctimas del desplazamiento forzado, la tasa de mortalidad para la generalidad de la población desplazada es 6 veces superior al promedio nacional<sup>533</sup>.

Si bien el Tribunal advirtió que esta calamitosa situación no había sido provocada únicamente por el Estado —pues, a su juicio, debía entenderse que era producto del «conflicto interno, y en particular, [de] las acciones de los grupos armados irregulares»— lo cierto es que las autoridades habrían contribuido a su formación al oponer a ella un obrar omisivo y negligente. Más concretamente, habrían fallado en

---

<sup>532</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 30 de agosto de 2000, referencia SU-1150 de 2000.

<sup>533</sup> Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 22 de enero de 2004, referencia T-025 de 2004, par. 6.



ofrecer una respuesta eficaz y adecuadamente articulada capaz de reparar las violaciones de los derechos fundamentales causadas por este fenómeno. A pesar de la existencia de un programa nacional de asistencia a las víctimas del desplazamiento forzado —cuyos principales lineamientos se encontraban en la ley 387 de 1997 y en los documentos CONPES 2804 de 1995, 2924 de 1997 y 3057 de 1999<sup>534</sup>—, la Corte Constitucional concluyó que «las políticas públicas de atención a la población desplazada no han logrado contrarrestar el grave deterioro de las condiciones de vulnerabilidad de los desplazados, no han asegurado el goce efectivo de sus derechos constitucionales ni han favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de tales derechos»<sup>535</sup>.

La razón fundamental que, en opinión de la Corte, explicaría el fracaso de la política pública implementada en la materia se encontraría en el visible desfase entre las obligaciones asumidas en las normas jurídicas y el compromiso institucional que habría dedicado el Estado a su cumplimiento. De manera más específica, el Tribunal advirtió la existencia de dos defectos estructurales —calificados en la sentencia como *problemas protuberantes*— que han impedido la realización de los objetivos trazados en este campo. En primer lugar, destacó que los órganos encargados de la ejecución de dicha política cuentan con una «precaria capacidad institucional» que hace nugatoria cualquier posibilidad real de hacer efectivos los derechos reconocidos a la población desplazada. Ello quiere decir que no disponen de los recursos técnicos, humanos, logísticos y financieros para atender en debida forma sus responsabilidades. En ese sentido, anotó la Corte, los encargados del diseño de la acción pública del Estado se habrían limitado a adjudicar a las entidades deberes de enorme complejidad sin ocuparse de garantizar los medios necesarios para su realización efectiva<sup>536</sup>.

---

<sup>534</sup> Los documentos CONPES son elaborados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, órgano encabezado por el Presidente de la República que se encarga de la planeación de la política económica del país. En ellos se trazan los principales lineamientos de la actuación del Gobierno y se formulan los programas y las políticas públicas que han de ser implementadas para cumplir las metas proyectadas por el Ejecutivo.

<sup>535</sup> Sentencia T-025 de 2004, par. 6.

<sup>536</sup> Entre las numerosas fallas relacionadas con la capacidad institucional del Estado, sobresalían entonces la inexistencia de un plan de acción actualizado para el funcionamiento del Sistema de Atención Integral a la Población Desplazada, la ausencia de metas e indicadores que permitieran establecer los progresos y estancamientos de la acción de los órganos responsables, la notable falta de cálculos financieros que determinasen el monto exacto de los recursos necesarios para la correcta implementación de la política, la carencia de un sistema de registro fiable que brindase una caracterización e identificación suficiente de la población desplazada y la inexistencia de un sistema de evaluación de la acción pública del Estado. «En conclusión, la Corte estima que la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en

La segunda falla denunciada por el Tribunal guarda relación con el insuficiente esfuerzo presupuestal que el Estado habría consagrado a la ejecución de la política. En opinión de la Corte, este defecto sería «la causa central de las fallas en la implementación de las políticas de atención a la población desplazada»<sup>537</sup>. Las entidades no contaban con recursos económicos suficientes para atender la demanda de las víctimas ni para llevar a cabo las acciones consignadas en el plan general al que se ha hecho referencia<sup>538</sup>.

De otro lado, el Tribunal manifestó que el Estado colombiano se encuentra obligado a garantizar en todo momento a la población desplazada un «mínimo prestacional» conformado por nueve derechos fundamentales<sup>539</sup>. La identificación de estos derechos básicos advierte a las autoridades que aunque cuentan con un amplio margen de discrecionalidad para dar cumplimiento al fallo estructural, deben asegurar en cualquier caso la consecución de unos resultados obligatorios<sup>540</sup>.

#### ***(5.6.1.) Identificación de los objetivos de la sentencia T-025 de 2004***

---

cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada». Sentencia T-025 de 2004, par. 6.3.1.4.

<sup>537</sup> Sentencia T-025 de 2004, par. 6.3.2.

<sup>538</sup> La Corte destacó que si bien durante el lapso comprendido entre los años 1999 y 2002 se llevó a cabo un significativo aumento del presupuesto dedicado a esta problemática —que, en cualquier caso, resultó «insuficiente y muy inferior a los niveles necesarios»— en el año 2003 la partida destinada a la atención de la población desplazada sufrió una drástica reducción del 32%. El correspondiente rubro del Presupuesto General de la Nación pasó de \$103.491 millones de pesos en el año 2002 —correspondientes a \$29,4 millones de euros, según la tasa de cambio de la época—, a \$70.783 millones de pesos en el período siguiente —\$20,1 millones de euros—.

<sup>539</sup> Dicho «mínimo prestacional» impone al Estado la obligación de garantizar bajo cualquier circunstancia los derechos (i) a la vida, (ii) a la dignidad y a la integridad física, psicológica y moral; (iii) a la unidad familiar; (iv) a la subsistencia mínima; (v) a la salud; (vi) a la protección frente a la discriminación por el hecho de ser desplazado; (vii) a la educación para los menores de 16 años; (viii) a la provisión de apoyo para el autosostenimiento económico; y (ix) al retorno y al restablecimiento. Sentencia T-025 de 2004, par. 9.

<sup>540</sup> De acuerdo con el juicio que prevaleció entre los magistrados de la Sala de Revisión, la Corte Constitucional ha de ubicarse en una posición intermedia ante la disyuntiva que propone, por un lado, centrar sus esfuerzos en la corrección de la acción pública del Estado o bien, como segunda alternativa, exigir únicamente el amparo de los derechos conculcados. Pues ninguno de estos dos objetivos puede ser conseguido sin el desarrollo simultáneo del otro: para que los derechos fundamentales sean eficazmente tutelados, es menester que la política pública de atención a las víctimas funcione de manera adecuada. Igualmente, para que dicha política pueda ser considerada exitosa resulta imprescindible que su implementación produzca resultados positivos en el ámbito de los derechos.

A fin de examinar los resultados obtenidos gracias a esta intervención judicial, es preciso tomar como punto de referencia los propósitos que la propia Corte Constitucional se habría planteado. De no hacerlo, según se ha indicado antes, se corre el riesgo de incurrir en el problema del vacío [*the gap problem*], que podría llevar a evaluar la eficacia de la sentencia con arreglo a metas que no se habría trazado el Tribunal. De acuerdo con las órdenes consignadas en la parte resolutive de la sentencia T-025, la Corte tenía en mente la realización de dos objetivos claramente definidos: en primer lugar, pretendía contribuir a la solución de las fallas asociadas al «volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales»<sup>541</sup>. Para tal fin, ordenó a los órganos que conforman el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada —órgano encargado de formular la política en la materia y de garantizar la asignación presupuestal de los programas correspondientes— la adopción de medidas específicas encaminadas a resolver estas dos falencias dentro de unos plazos definidos de manera precisa<sup>542</sup>. El segundo objetivo apuntaba a asegurar el goce efectivo del mínimo prestacional de los derechos de la población desplazada. Para cumplir este propósito, ordenó al Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada concluir, dentro de un término de seis meses, «las acciones encaminadas a que todos los desplazados gocen efectivamente del mínimo de protección de sus derechos al que se hizo referencia en el apartado 9 de esta sentencia»<sup>543</sup>.

Para simplificar el estudio de dichas órdenes, en adelante se mencionará el *objetivo de política pública* para hacer referencia a la corrección de los defectos derivados de la precaria capacidad institucional del Estado y de la insuficiente asignación de recursos presupuestales. La expresión *objetivo de asistencia mínima* será

---

<sup>541</sup> Sentencia T-025 de 2004, parte resolutive, orden 1.

<sup>542</sup> Entre las diferentes órdenes emitidas con el fin de resolver estos dos problemas sobresalen los siguientes mandatos: en un término de dos meses y diez días, el Consejo debía fijar la dimensión del esfuerzo presupuestal necesario para cumplir en debida forma la política pública de atención a los desplazados. En el mismo lapso, debía establecer el mecanismo destinado para recabar tales recursos y, a su vez, diseñar un plan de contingencia para financiar los programas de asistencia en el evento en que el dinero no fuese recaudado en la cuantía o en la oportunidad esperadas. En cuanto a la falencia relacionada con la falta de capacidad institucional, exigió al Consejo diseñar un programa de acción dotado de un cronograma con metas precisas, dirigido a corregir dicho defecto. Para tal efecto, concedió un término de tres meses, contado a partir de la notificación de la sentencia.

<sup>543</sup> Sentencia T-025 de 2004, parte resolutive, orden 5.

utilizada para designar el deber de garantizar el goce efectivo de los nueve derechos básicos cuya protección fue exigida por el Tribunal.

Es esencial hacer hincapié en la particular relevancia que tiene este último objetivo, pues un importante sector de la doctrina ha centrado su atención, casi de manera exclusiva, en el análisis del objetivo de política pública. Si bien este último propósito es de gran importancia, ya que de él depende en gran medida la protección efectiva de los derechos, el marcado énfasis que se ha hecho en este punto ha dado a entender que tal objetivo es la única meta que se habría trazado la Corte. El propio Tribunal ha contribuido a la propagación de dicho equívoco al centrar en este asunto la mayor parte de sus autos de seguimiento y casi la totalidad de las audiencias públicas que ha convocado. Sin embargo, lo cierto es que, al tenor de las órdenes consignadas en la sentencia, las autoridades se encuentran obligadas a garantizar la consecución de mejoras materiales en las condiciones de vida de la población desplazada. De tal suerte, la mera introducción de reformas en la acción pública del Estado no supone necesariamente el cumplimiento automático del fallo. Es menester que dichas modificaciones se traduzcan en un disfrute real de los derechos fundamentales de los ciudadanos. En esta última idea se resume el sentido de la *perspectiva compleja con énfasis en la víctima* que se adopta en esta investigación.

Dicha postura ha sido respaldada por la Corte Constitucional en varias oportunidades<sup>544</sup>. Al respecto, en el Auto 385 de 2010, el Tribunal manifestó lo siguiente:

No podría admitirse que una política pública es idónea y eficaz en la protección de la población desplazada, si por otro lado no conduce a un goce efectivo de derechos; de igual modo, no podría considerarse que el esfuerzo y el manejo presupuestal es el adecuado, si por otro lado resulta insuficiente para asegurar los derechos constitucionales de la población afectada; y a la inversa, únicamente puede entenderse que existe un desbloqueo institucional y unas asignaciones presupuestales adecuadas, cuando tanto lo uno como lo otro se traducen y materializan en la garantía de derechos.

Una vez concluido este comentario a cerca de los objetivos a la luz de los cuales ha de ser examinada esta intervención judicial, es pertinente hacer una observación sobre la peculiaridad de este caso dentro de las investigaciones que se realizan en torno

---

<sup>544</sup> Entre otros, Auto de la Corte Constitucional colombiana del 22 de enero de 2004, referencia A. 219 de 2011, par. 6.

a los Tribunales y el cambio social. En la medida en que han transcurrido más de doce años desde la expedición del fallo, su implementación ha estado a cargo de dos Gobiernos: durante los primeros seis años del proceso de seguimiento, dicha responsabilidad recayó sobre la administración del presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ; a partir del 7 de agosto de 2010, esta labor ha correspondido al Gobierno de JUAN MANUEL SANTOS. Este estudio resulta particularmente interesante por cuanto permite comparar los resultados obtenidos por dos administraciones que han asumido posturas diametralmente opuestas en la materia. Mientras que en el primer período el desplazamiento forzado no ocupó un lugar descollante en la agenda política del Gobierno<sup>545</sup> y, de otro lado, se emprendieron acciones dirigidas a limitar las competencias de la Corte Constitucional en asuntos económicos<sup>546</sup> —lo que revela una actitud hostil frente a este tipo de intervenciones—, en el segundo lapso, la administración ha asumido una postura favorable al reconocimiento de las víctimas del conflicto armado, en general, y de los derechos de la población desplazada, de manera específica<sup>547</sup>. Este cambio de postura en el Ejecutivo ha propiciado un entorno más favorable para el cumplimiento de las órdenes estructurales emitidas por la Corte.

---

<sup>545</sup> Una clara prueba de ello se encuentra en la reducción del 32% del rubro presupuestal destinado a la atención de la población desplazada del primer año de gobierno de ÁLVARO URIBE VÉLEZ. Otra muestra de dicha posición se encuentra en las declaraciones hechas por un alto consejero del presidente —JOSÉ OBDULIO GAVIRIA, quien en la actualidad es senador por el partido político fundado por URIBE VÉLEZ— sobre la inexistencia del fenómeno del desplazamiento forzado. En concreto, en una visita oficial realizada a Washington, el asesor declaró que «nosotros no tenemos desplazados, tenemos migración en buena parte por el paramilitarismo y la guerrilla (...) esa gente se fue para ciudades y allá están como migrantes». «El país según José Obdulio», *El Tiempo*, 13 de agosto de 2008.

<sup>546</sup> En el año 2002 el Ministerio del Interior y del Derecho presentó ante el Congreso de la República un proyecto de reforma constitucional que pretendía, entre otros objetivos, prohibir la protección de los derechos económicos, sociales y culturales mediante la acción de tutela y restringir el control de constitucionalidad ejercido por la Corte. En lo que atañe a esta investigación, vale la pena destacar que el proyecto de acto legislativo proscribía en los siguientes términos la injerencia del juez de amparo en asuntos económicos o de política pública: «No habrá tutela contra decisiones judiciales, ni a través de ella podrán los jueces imponer a las autoridades públicas obligaciones de imposible cumplimiento o que supongan alterar las Leyes, Ordenanzas o Acuerdos del Plan de Desarrollo o del Presupuesto Nacional, Departamental o Territorial». Proyecto de Acto Legislativo 10 de 2002, Senado, «por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia».

Por otra parte, la actitud general del Gobierno frente a la acción de tutela y la Corte Constitucional se encuentra reflejada en un artículo redactado por el ministro de esta misma cartera, que fue publicado en el año 2001. En él, FERNANDO LONDOÑO manifestó lo siguiente: «El Estado Social de Derecho, con su séquito inagotable de equivocaciones, no iba a quedarse como fórmula escrita. Así que lo apuntalaron con la nunca bien lamentada tutela, camino por donde llegamos de un solo salto al gobierno de los jueces en materia económica». LONDOÑO HOYOS, FERNANDO, «La economía en la Constitución de 1991», en *Revista Javeriana*, n.º 678, t. 137, septiembre, 2001.

<sup>547</sup> El cambio que ha representado la llegada de JUAN MANUEL SANTOS al Gobierno se expresa, entre otros resultados, en la aprobación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras —Ley 1448 de 2011, «Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto

En este orden de ideas, los resultados obtenidos por el Tribunal durante la primera administración permiten evaluar la eficacia de las intervenciones judiciales dirigidas a promover cambios sociales en entornos políticos adversos. En otras palabras, con base en esta experiencia es posible examinar el acierto de la tesis defendida por los valedores del activismo judicial, quienes sostienen que los Tribunales serían capaces de obrar modificaciones de esta índole a pesar de la renuencia de los órganos representativos.

### ***(5.6.2) El desplazamiento forzado bajo la mirada del constructivismo***

Para iniciar el análisis sobre este tema, es preciso hacer alusión al estudio más completo que se ha publicado hasta la fecha sobre los efectos producidos por la sentencia T-025 de 2004. Se trata de la investigación realizada por CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO Y DIANA RODRÍGUEZ FRANCO, quienes han analizado el devenir de este proceso bajo la perspectiva del constructivismo. Con base en un formidable trabajo de recolección de datos, los autores han presentado un análisis minucioso del tema en dos obras que son, según el modo de ver del autor, una referencia obligatoria en la materia<sup>548</sup>. En resumen, sostienen que el *activismo dialógico* desplegado por la Corte — estrategia que combina tres elementos: seguimiento fuerte de las actuaciones emprendidas por el Ejecutivo; expedición de remedios moderados que conservan un margen de discrecionalidad en favor de las autoridades; y derechos fuertes cuya protección judicial puede ser demandada por los ciudadanos— es un modelo de actuación judicial óptimo para la consecución de cambios sociales.

En ese sentido, a juicio de estos autores, la intervención llevada a cabo por la Corte no solo habría sido una empresa exitosa, sino se habría convertido, además, en un ejemplo de activismo judicial correctamente encauzado que podría servir de inspiración a otros tribunales interesados en acometer transformaciones similares a las que se ha propuesto la Corte colombiana. Dicha postura de evidente optimismo, a pesar de la cual han manifestado algunas reservas y preocupaciones sobre asuntos específicos, ha

---

armado interno y se dictan otras disposiciones»— que fue aprobada por el Congreso de la República por iniciativa del Ejecutivo. A su vez, se manifiesta en los diálogos de paz que mantiene el Gobierno con la guerrilla de las FARC mediante los cuales busca poner fin al conflicto armado interno.

<sup>548</sup> Aludimos a los libros *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia* y *Juicio a la exclusión: el impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*

quedado fielmente reflejada en el título de su primer libro: *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*.

Según se acaba de advertir, los autores han acogido la perspectiva del constructivismo, por consiguiente su investigación desborda el análisis de las órdenes concretas emitidas por el Tribunal. Además de evaluar el cumplimiento de tales mandatos, han registrado los efectos indirectos, tanto de naturaleza simbólica como instrumental, que, si bien no fueron dispuestos en la sentencia, han aflorado durante la aludida transformación del fenómeno. El primer efecto indirecto consiste en la *reestructuración del marco del desplazamiento forzado*<sup>549</sup>. Esta expresión es utilizada con el objetivo de referir el cambio de percepción que se habría producido entre los ciudadanos y el Gobierno. Antes del proceso de seguimiento —sostienen los autores— el desplazamiento forzado habría sido comprendido como un efecto colateral del conflicto armado interno que no despertaba el interés que cabría esperar ante una situación de semejante gravedad. Gracias a la intervención judicial, no solo se habría incrementado su visibilidad, sino que se habría modificado el juicio de la sociedad sobre el particular. De tal manera, el desplazamiento interno habría empezado a ser concebido como un grave problema de derechos humanos que reclamaba la actuación urgente del Estado, y no como una mera secuela de la guerra.

El segundo efecto indirecto que habría provocado la intervención judicial se manifiesta en la activa participación de diversos representantes de la sociedad civil en el proceso de seguimiento. Dicha consecuencia ha recibido el nombre de *efecto participativo*. Si bien la Corte exigió a las autoridades garantizar la intervención de las organizaciones que representan a la población desplazada<sup>550</sup>, no dispuso ninguna medida para incentivar el involucramiento de la ciudadanía en dicho proceso. Pese a ello, diversos sectores han participado en este para fiscalizar las acciones emprendidas por el Estado y para proponer mejoras a la política pública. Esta oportunidad ha sido aprovechada por organizaciones no gubernamentales, por miembros de la academia y de la Iglesia, y por actores internacionales como la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Aunado a lo anterior, la intervención de la Corte ha dado lugar a la creación de asociaciones que se han planteado como objetivo la verificación del cumplimiento de las órdenes emitidas. Tal es el caso de la Comisión de

---

<sup>549</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., 2015, p. 165-182.

<sup>550</sup> Sentencia T-025 de 2004, par. 10.1.2.

Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado<sup>551</sup>, fundada en el mes de agosto de 2005, y de la Mesa de Seguimiento al Auto 092 de 2008<sup>552</sup>.

Sin lugar a dudas, la resuelta participación de estos actores ha enriquecido la deliberación pública en torno al desplazamiento forzado. En atención a que han llevado a cabo una estricta vigilancia sobre el proceder de las autoridades, han incrementado la rendición de cuentas del Estado y han propiciado una mayor transparencia sobre el esfuerzo real que este último dedica a la solución de esta grave crisis. Lo anterior se ha manifestado claramente en las audiencias públicas de seguimiento, en las que el Tribunal reserva sin falta un importante espacio para su intervención. De tal forma, el proceso de verificación emprendido por la Corte ha acabado por convertirse en un escenario abierto de discusión en el que diversos sectores de la sociedad han contribuido a la supervisión y al mejoramiento de la política pública implementada en la materia. A juicio de CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ, dicho resultado ha dado respuesta a la objeción contramayoritaria que se ha formulado en contra de esta actuación. Con arreglo a este argumento, en vez de erosionar los principios del sistema democrático, el Tribunal estaría impulsando su aplicación efectiva al promover la deliberación pública de estos asuntos y al ofrecer a la ciudadanía un mecanismo eficaz para exigir el cumplimiento de las responsabilidades del Estado<sup>553</sup>.

---

<sup>551</sup> La Comisión de Seguimiento está conformada por miembros de organizaciones no gubernamentales, representantes de la iglesia e integrantes de la academia. Ha elaborado numerosos informes que han sido presentados ante la Corte Constitucional y, con la colaboración de la Universidad Nacional de Colombia, ha efectuado tres encuestas nacionales de verificación para establecer la situación en que se encuentra la población desplazada.

<sup>552</sup> En el Auto de seguimiento 092 de 2008 la Corte reconoció que la violencia sexual contra la mujer es una práctica «habitual, extendida, sistemática e invisible en el contexto del conflicto armado colombiano». Con el propósito de remediar la habitual impunidad que se cierne sobre estos casos, el Tribunal ordenó a la Fiscalía General de la Nación adoptar medidas urgentes para garantizar el avance efectivo de estas investigaciones. A su vez, ordenó a la Procuraduría General de la Nación llevar a cabo una estricta vigilancia sobre el progreso de estos procesos. Así pues, con el apoyo de ONU Mujeres y del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, un grupo de once organizaciones feministas y de derechos humanos se asociaron para crear la Mesa de Seguimiento al Auto 092. Al igual que la Comisión, la Mesa ha producido varios informes sobre el cumplimiento de las órdenes expedidas y ha intervenido en las audiencias públicas y en las sesiones técnicas que han sido convocadas por la Corte para evaluar los progresos obtenidos.

<sup>553</sup> La prueba más elocuente de los beneficios que se han obtenido gracias a este modelo dialógico se encuentra en el proceso de construcción de los indicadores de resultado que se emplean para evaluar el progreso de la política pública. En atención a que una de las fallas estructurales que fueron detectadas en la sentencia T-025 fue la inexistencia de criterios que permitieran valorar el desempeño de las autoridades y el cumplimiento efectivo de los objetivos trazados en la política, la Corte diseñó un proceso dinámico y deliberativo para la creación de tales indicadores. En él participaron funcionarios del Estado y diferentes actores —entre los cuales vale la pena destacar a la Procuraduría, la Contraloría, la Comisión de Seguimiento, ACNUR y la Defensoría del Pueblo— que contribuyeron a mejorar los instrumentos de medición. Merced al intercambio de argumentos técnicos y a la contraposición de los diferentes criterios



Dicho resultado es la consecuencia más interesante y provechosa que ha surgido gracias al proceso de implementación de la sentencia T-025. El involucramiento de estos actores sociales —que han invertido un enorme esfuerzo en ofrecer a la Corte un apoyo eficiente y técnicamente calificado— y el decidido compromiso que han dedicado a esta misma labor los órganos de control y los organismos internacionales han enriquecido enormemente el seguimiento judicial de la política pública. A su vez, no cabe duda de que su participación ha legitimado de manera considerable la presencia del Tribunal en un ámbito en el que las credenciales democráticas resultan imprescindibles. Si bien este solo hecho no llega a satisfacer el fondo de la crítica formulada, a nuestro juicio, sí consigue atenuar el rigor de la objeción contramayoritaria. Pues en vez de asumir en solitario el papel de ejecutor de esta política, la Corte ha optado por exigir a los órganos responsables el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales y legales. De este modo, se ha abstenido de incurrir en la temida falta de usurpar competencias que corresponden a los órganos representativos y, en lugar de ello, ha creado un foro de discusión pública en el que aquellos deben rendir cuentas ante el Tribunal y la ciudadanía.

La consecución de este significativo logro, sin embargo, se ha visto empañada por el incumplimiento del propósito original que se había trazado la Corte, ya que, a pesar de los numerosos requerimientos dirigidos a garantizar la participación de los representantes de las organizaciones de la población desplazada<sup>554</sup>, hasta ahora no se ha conseguido una intervención efectiva de sus delegados. Tal revés se ha producido tanto en las fases de diseño e implementación de la política pública como en el proceso de seguimiento efectuado por el Tribunal<sup>555</sup>. De tal suerte, el referido efecto participativo

---

presentados por las partes, la Corte decantó alrededor de 300 indicadores de resultado que son utilizados en la actualidad para llevar a cabo el referido examen. Conviene destacar que la mayoría de ellos evalúa el éxito de la política pública en términos de *goce efectivo de derechos*, esto implica que dan prioridad al impacto material que aquella produce en los derechos de la población desplazada y no tanto en los procedimientos y las actuaciones realizadas por la Administración. Al respecto, ver UPRIMNY YEPES Y SÁNCHEZ LEÓN, Op. Cit.

<sup>554</sup> Además de la orden original emitida al respecto en la sentencia T-025, la Corte ha reiterado el requerimiento hecho al Gobierno para que adopte medidas encaminadas a garantizar la participación de las organizaciones de la población desplazada en los autos 177 y 178 de 2005, 333 de 2006, 383 de 2010 y 219 de 2011, entre otros.

<sup>555</sup> En lo que se refiere a las primeras etapas de la política, la Corte ha manifestado que «más allá de la creación de espacios propicios para la participación [lo que ha sido presentado como un logro por el Gobierno], dichos espacios y las propuestas de la población no tienen incidencia en la formulación y utilización de los instrumentos de planeación y coordinación de la política de atención a la población desplazada». A ello es preciso añadir que, de acuerdo con los hallazgos consignados en el Auto 219 de 2011, las autoridades niegan a los desplazados la información necesaria para ejercer este derecho, los

ha acarreado consecuencias paradójicas: por una parte, no ha logrado involucrar a las víctimas a las que se dirige el programa de reformas proyectadas por el Tribunal, pero sí ha conseguido —sin proponérselo, valga la reiteración— la implicación de otros actores que han realizado una contribución trascendental para el desarrollo del seguimiento. Por ello, este proceso se ha convertido en una *verificación de élite* en la que únicamente toman parte organizaciones que cuentan con un perfil técnico y académico. Lo anterior se ha puesto en evidencia en el sofisticado lenguaje —profuso en tecnicismos y argumentos provenientes de la administración pública, la economía y el derecho constitucional— que se emplea en las audiencias públicas y en los autos de seguimiento.

Las tres consecuencias restantes que, en opinión de CÉSAR Y DIANA RODRÍGUEZ, habría producido la intervención guardan relación con los objetivos de política pública y de asistencia mínima. En la investigación en comento el primer cometido se desglosa en dos resultados que apuntan al mejoramiento de la política pública de atención a la población desplazada. El primero de ellos —*efecto desbloqueador*— hace referencia a la superación del marasmo institucional en que se hallaba sumida la Administración: «la CCC [Corte Constitucional colombiana] usó los DESC [derechos económicos, sociales y culturales] como *derechos desestabilizadores*<sup>556</sup>, como puntos de presión para romper la inercia institucional y provocar la acción del Poder Ejecutivo»<sup>557</sup>. Según este argumento, la asidua expedición de órdenes judiciales encaminadas a corregir los defectos de la acción pública del Estado habría contribuido a las autoridades a recobrar su capacidad de reacción frente al desplazamiento forzado. Tal resultado se habría traducido en la reactivación del órgano nacional de coordinación de esta política —esto es, el Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada— el cual no se había reunido durante los dos años anteriores a la expedición de la sentencia; y también en el visible incremento que ha experimentado el presupuesto dedicado a la solución de este problema.

---

líderes sobre los que pesan amenazas procedentes de los actores armados no reciben seguridad adecuada y, entre otros tantos obstáculos, los procesos de decisión se concentran en la capital, lo que anula de plano la intervención de quienes han buscado refugio en lugares distintos.

<sup>556</sup> UNGER, ROBERTO, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Londres, Verso, 1987.

<sup>557</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., 2015, p. 44.

El aumento de los recursos destinados a la financiación de esta política ha sido considerado uno de los logros más relevantes de esta intervención judicial. De acuerdo con las cifras presentadas por el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desde la expedición del fallo dicha partida presupuestal se ha incrementado en una proporción superior a siete veces en comparación con la suma total asignada en 2004<sup>558</sup>.

El tercer efecto que, en opinión de los autores, habría provocado el fallo en este ámbito consiste en «el diseño de una política nacional a largo plazo para las PDI [personas desplazadas internamente], y también en el establecimiento de mecanismos para implementar, financiar y supervisar los programas orientados a ellas»<sup>559</sup>. Dicho de otro modo, la expedición del fallo no habría dado lugar a una simple mejora de la acción pública del Estado, sino a la «formación de una nueva política pública»<sup>560</sup> cuya característica central sería el hecho de fundarse en un enfoque de derechos. Esta nueva política habría ocasionado una radical transformación del proceder del Estado, lo que podría corroborarse en ejemplos tales como la expedición del Decreto 250 de 2005 «por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia y se dictan otras disposiciones», que fue aprobado un año después de la sentencia.

---

<sup>558</sup> Mientras que en 2004 el rubro en cuestión ascendió a \$398.438 millones de pesos —equivalente entonces a 113,1 millones de euros— en el año 2015 se invirtieron \$9,9 billones de pesos —2.902 millones de euros— a los programas de atención a la población desplazada. El propio Gobierno ha señalado que tal esfuerzo ha sido acometido, entre otras razones, para dar cumplimiento al fallo estructural: «Con la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional, entre otros puntos de diseño de política, señaló la existencia de falencias en materia presupuestal y de asignación de recursos, razón por la cual se emprendieron acciones encaminadas a priorizar los recursos necesarios para ello, diferenciar la asignación presupuestal y construir mecanismos de seguimiento para los compromisos presupuestales adquiridos». En estos términos, la consecución de este importante resultado sería una de las pruebas más evidentes del éxito que habría cosechado la Corte en esta empresa. DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, *Informe sobre los recursos asignados y ejecutados en el marco de la política pública dirigida a la población víctima del desplazamiento forzado – Respuesta a la Orden 5ª del Auto 219 de 2011*, Bogotá, 28 de febrero de 2014. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Vctimas/Informe%20Orden5a%20Auto%202019%20-%202013-2014.pdf>; DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, *Informe presupuestal de la política pública dirigida a la Población víctima del desplazamiento forzado 2015-2016: Orden 5ª del Auto 219 de 2011*, Bogotá, 1 de marzo de 2016. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Vctimas/Informe%20Orden5a%20Auto%20219%20-%202015-2016.pdf>

<sup>559</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., 2015, p. 45.

<sup>560</sup> Ídem, p. 107.

La Corte Constitucional habría utilizado dos estrategias para impulsar la creación de esta nueva política: al iniciar la intervención —durante los años 2004 y 2006— y luego de la promulgación de la Ley de Víctimas —Ley 1448 de 2011—, el Tribunal habría asumido un *rol orientador*. En ejercicio de dicho papel, advirtió a la Administración las falencias que se presentaban, suministró directrices para encauzar la actuación de las autoridades y fijó una serie de objetivos que debían ser cumplidos. Correspondía a los órganos competentes, de acuerdo con este primer modelo, idear los planes de acción para la realización de tales cometidos y rendir cuentas sobre los resultados finalmente alcanzados. El segundo método, por otra parte, ha supuesto una injerencia mucho más activa de parte del Tribunal en el diseño de la política pública. Debido a los recurrentes incumplimientos de la Administración y a la subsistencia de los defectos detectados en el fallo estructural, la Corte ha fungido en determinados períodos como *creadora moderada de políticas*. Esto último ha quedado en evidencia en los autos de seguimiento emitidos entre los años 2006 y 2009, en los que ordenó al Gobierno adoptar medidas de protección con enfoque diferencial. En ellos exigió la implementación de programas dirigidos a brindar atención especializada a las mujeres, niños, indígenas, comunidades afrodescendientes y sujetos con discapacidades. La peculiaridad de estas órdenes consiste en que el Tribunal no se limitó a apuntar de manera genérica los objetivos hacia los cuales debía ser encauzada la actuación del Estado, sino que fijó con excepcional precisión el contenido de cada uno de tales programas<sup>561</sup>.

Finalmente, el cuarto efecto analizado en dicha investigación hace referencia al objetivo de asistencia mínima. Si bien los autores reconocen que las encuestas de verificación practicadas por la Comisión de Seguimiento y la Universidad Nacional de Colombia —que son el principal instrumento utilizado por la Corte para evaluar la situación real en que se encuentra la población desplazada— no arrojan resultados alentadores, sostienen que «la multicausalidad y las limitaciones de los datos

---

<sup>561</sup> El alto grado de especificidad de estas órdenes se ejemplifica en el Auto 092 de 2008, al que ya se hizo referencia, mediante el cual se exigió al Gobierno crear una política especial de atención a las mujeres víctimas del desplazamiento forzado. Además de establecer la autoridad encargada de su diseño e implementación, la Corte definió trece programas específicos que debían ponerse en marcha dentro de un término concreto. El contenido de cada uno de ellos fue determinado por el Tribunal siguiendo los parámetros que se enuncian a continuación: ámbito de cobertura; derechos que deben ser garantizados; parámetros jurídicos de obligatorio cumplimiento para las autoridades y contenido mínimo de cada programa. Por último, se ordenó a la Fiscalía General de la Nación priorizar la investigación de 183 casos de violencia sexual contra la mujer en los que existía un alto riesgo de impunidad.

disponibles (...) impiden establecer conclusiones definitivas y firmes sobre el efecto socioeconómico»<sup>562</sup>. La dificultad metodológica más importante que impediría la realización de dicho estudio es la ausencia de información sobre las condiciones en que se encontraban los desplazados antes de la aprobación del fallo. Al no contar con este medio de contraste, sostienen, resulta imposible establecer con certeza el alcance de los progresos obtenidos en la materia. Advierten, sin embargo, que se han conseguido mejoras sustanciales en los ámbitos de la educación y de la salud. Sobre este último derecho resaltan que tales avances han dado lugar a un levantamiento parcial del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025<sup>563</sup>. Ello implica que, a excepción de lo que atañe a las comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes, el Gobierno se encuentra eximido de la obligación de reportar las acciones emprendidas en el campo de la salud, pues, a juicio de la Corte, las autoridades han logrado acreditar un *cumplimiento alto* de sus obligaciones. A pesar de este logro, reconocen que el panorama en los demás derechos «es de profunda precariedad y de violación continuada de los derechos fundamentales de las personas desplazadas»<sup>564</sup>.

En conclusión, desde la perspectiva constructivista adoptada por los autores, la consecución de los resultados que acaban de ser referidos demuestra que el *activismo dialógico* utilizado por la Corte Constitucional colombiana es un modelo exitoso de intervención judicial. Además de lograr la modificación del comportamiento y de la actitud de las autoridades frente al desplazamiento forzado, lo que se corroboraría en los efectos de *desbloqueo, política pública y reestructuración del marco*, habría logrado dar visibilidad a este fenómeno y modificar la percepción de la ciudadanía en torno a él. A su vez, habría promovido una activa participación de diversos actores sociales, lo se habría materializado en la creación de un foro de discusión abierta, racional y pública que ha menguado, al menos en parte, las objeciones fundadas en la falta de legitimidad democrática de esta empresa.

### ***(5.6.3.) Análisis desde la perspectiva compleja con énfasis en la víctima***

---

<sup>562</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., 2015, p. 208.

<sup>563</sup> La decisión en cuestión fue adoptada por la Corte en el Auto 219 de 2011.

<sup>564</sup> RODRÍGUEZ GARAVITO Y RODRÍGUEZ FRANCO, Op. Cit., 2015, p. 204.

Una vez expuesta la postura del constructivismo, se procede a analizar la eficacia de la sentencia T-025 de 2004 desde la perspectiva compleja con énfasis en la víctima. Según fue señalado antes, dicha óptica reconoce la dificultad de impulsar cambios sociales a través de actuaciones judiciales. De ahí que valore de manera positiva la consecución de transformaciones culturales paralelas, tal como ocurre en el caso de los efectos simbólicos, pues ellas influyen de manera decisiva en la realización de las metas que se proyectan en los fallos estructurales. Sin embargo, la característica primordial de este enfoque se encuentra en la particular atención que presta a la modificación de las condiciones materiales que rodean a las personas en cuyo favor se adelantan estas intervenciones. De este modo pretende evadir la marcada tendencia a la abstracción propia del constructivismo, la cual suele llevar a quienes lo acogen a conceder una importancia excesiva a asuntos que tienen una incidencia muy remota en la realización de los cambios que persiguen los tribunales.

Dicha inclinación conlleva un riesgo aún más delicado: al otorgar la misma importancia a los diferentes efectos que producen las intervenciones judiciales —esto es, al no hacer hincapié en aquellos que influyen de manera directa en la situación en que se halla la víctima— el constructivismo puede distorsionar el impacto real de las decisiones de los tribunales. De tal suerte, es posible que tales investigaciones incurran en el yerro de juzgar de manera favorable actuaciones que no han logrado desencadenar un impacto concreto y palpable para los ciudadanos. Si bien es importante registrar las diferentes transformaciones que provocan las decisiones judiciales, es necesario que la consecución de los resultados materiales que se plantean los tribunales tenga un peso acorde con su importancia. En este orden de ideas, pese a que el éxito de una intervención no puede ser establecido únicamente con base en el análisis de los efectos instrumentales, tal como lo pretende el neorrealismo, tampoco es acertado poner en una misma balanza dichos resultados con los efectos simbólicos e indirectos. No trazar una clara distinción entre unos y otros es la confusión que da lugar a valoraciones positivas respecto de intervenciones que han fracasado en su propósito de acometer cambios sociales.

En atención a que ya han sido referidos los efectos simbólicos que habría provocado el fallo, en lo que sigue se analizarán los objetivos de política pública y asistencia mínima que se trazó la Corte. Para tal fin, se estudiarán los autos de seguimiento en los que el Tribunal ha evaluado el cumplimiento de sus órdenes y los

principales instrumentos que este último ha empleado para emitir tales juicios. A fin de examinar el objetivo de política pública, se utilizará la división temática propuesta por la Corte para llevar a cabo dicha evaluación. En ese sentido, se analizará (i) la recuperación de la capacidad institucional; (ii) el mejoramiento del esfuerzo presupuestal; (iii) y, finalmente, el progreso de los programas específicos que se articulan en dicha política. El estudio del objetivo de asistencia mínima, por otra parte, se apoyará en el balance general que ha hecho la Corte sobre el goce efectivo de los nueve derechos que, a partir del 22 de julio de 2004, tendrían que haber garantizado las autoridades a la población desplazada.

#### ***(5.6.3.1.) Recuperación de la capacidad institucional***

Teniendo en cuenta el exponencial aumento del presupuesto dedicado a los programas de atención a la población desplazada y el efecto de desbloqueo institucional, cabría esperar resultados sobresalientes en el restablecimiento de la capacidad de gestión de los órganos encargados de implementar la política pública. Sin embargo, la Corte Constitucional ha concluido que los progresos alcanzados en este campo son todavía muy limitados. En el Auto 008 de 2009, que contiene un minucioso examen de la evolución de la política pública a la luz de las órdenes emitidas en la sentencia T-025, el Tribunal declaró que la «precaria capacidad institucional es uno de los problemas que continúan siendo preponderantes para la persistencia del estado de cosas inconstitucional»<sup>565</sup>. La Corte arribó a esta conclusión luego de constatar que, cinco años después de la expedición del fallo, no se había llevado a cabo un diagnóstico que diera cuenta del alcance general de esta falencia ni de la manera específica en que afectaba a cada una de las entidades competentes. Del mismo modo, advirtió que el Gobierno no había adoptado un plan dirigido a superar esta grave deficiencia, por tanto ordenó al Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada diseñar e implementar un programa que corrigiera de manera eficaz los defectos que subsistían.

Dos años más adelante, en el Auto 219 de 2011, la Corte adelantó un nuevo examen sobre la evolución de las órdenes libradas en el fallo estructural. Sobre el tema en cuestión declaró que «los resultados en cuanto a [la] superación de [la] falencia de

---

<sup>565</sup> Auto de la Corte Constitucional colombiana del 26 de enero de 2009, referencia A. 008 de 2009, par. III.3.

capacidad institucional continúan siendo muy bajos»<sup>566</sup>. Aunque el 89% de las entidades había aprobado los aludidos planes de fortalecimiento —entre las que no se encontraba el Consejo Nacional de Atención a la Población Desplazada— el Tribunal advirtió que no existían avances sustanciales en la materia. Esto es así debido a que el plan de robustecimiento, que tendría que haber estado en marcha a más tardar el día 30 de junio de 2009, se encontraba todavía en una fase preliminar.

A juicio de la Corte, la persistencia de este incumplimiento pone en evidencia que «para las entidades del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada esta es una actividad marginal, no institucionalizada ni articulada con las demás actividades que se realizan para garantizar el goce efectivo de los derechos de la población desplazada; [por lo que no habría sido] realizada más [que] para presentar un informe a la Corte»<sup>567</sup>. La gravedad de este hallazgo es resaltada por las medidas que fueron adoptadas para enmendar dicha situación. Además de exigir la implementación efectiva del programa de recuperación de capacidad institucional, el Tribunal exhortó a los entes de control a suministrar información sobre el avance de los procesos penales, disciplinarios y fiscales que se estuvieran adelantando para sancionar el reiterado desacato de esta orden. Tal decisión, que se replicó en otros ámbitos en los que también se logró acreditar el pertinaz incumplimiento de las directrices impuestas, demuestra que el enfoque dialógico no ha sido tan eficiente como lo esperaba el Tribunal, razón por la cual ha tenido que ser reemplazado en ciertos asuntos por una postura vertical que ha incluido la utilización de mecanismos coactivos para asegurar el cumplimiento de sus órdenes.

La inobservancia del elemental llamado a diseñar un plan nacional de fortalecimiento de las entidades —incumplimiento que se ha extendido, por lo menos, durante un lapso de siete años— es una prueba harto elocuente de la voluntad política que han dedicado los Gobiernos a este asunto. A su vez, es un indicio poco esperanzador sobre la capacidad real de la Corte para imponer al Ejecutivo tareas que no coinciden con los objetivos de su agenda política.

---

<sup>566</sup> Auto de la Corte Constitucional colombiana del 13 de octubre de 2011, referencia A. 219 de 2011, par. 32.

<sup>567</sup> Auto 219 de 2011, par 36.



### ***(5.6.3.2.)Mejoramiento del esfuerzo presupuestal***

Según ha sido comentado en varias ocasiones, el excepcional incremento de las partidas presupuestales dedicadas a los programas de atención a la población desplazada sería una de las pruebas más contundentes de la transformación que habría promovido la intervención de la Corte. Al respecto, vale la pena recordar que el fallo provocó un cambio positivo inmediato, cuya tendencia se conserva en la actualidad: el presupuesto del año 2004 registró un aumento superior al 300% en comparación con el valor asignado a este rubro durante el año anterior. Desde entonces, el Gobierno y el Legislativo han intensificado este esfuerzo, lo que ha dado lugar a una ostensible multiplicación de los recursos con los que cuenta el Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada. Gracias a ello, hoy en día el Estado colombiano destina anualmente más de \$2,84 billones de pesos —equivalente a una cifra superior a 1.104 millones de euros— a la financiación de dicho sistema. El Tribunal ha acogido con entusiasmo el visible cambio que se ha producido en la materia. En el auto 219 de 2011, por ejemplo, la Corte declaró que «valora positivamente que en los últimos años se haya aumentado la asignación presupuestal para la atención a la población desplazada».

Desde la perspectiva del constructivismo, y aun del neorrealismo, este logro es un triunfo incuestionable dado que demostraría que el Tribunal ha conseguido impulsar un cambio radical del comportamiento de las autoridades frente al desplazamiento forzado. Sin embargo, tal conclusión, que es esencialmente cierta en sus premisas, debe ser analizada a la luz de las modificaciones materiales que dicho cambio ha producido en las condiciones de vida de la población desplazada. Pues, pese a su indiscutible importancia, es preciso tener en cuenta que el aumento de los recursos presupuestales no deja de ser una meta intermedia que apunta a la consecución de resultados ulteriores. Dicho más claramente, para que el referido incremento del presupuesto pueda ser considerado como un auténtico logro es menester que se materialice en una mejora del goce efectivo de los derechos de los desplazados. De no alcanzar dicho propósito, ello revelaría que el oneroso esfuerzo realizado por el Estado no ha sido aprovechado de manera eficaz por las autoridades o, en el peor de los casos, que ha sido destinado para fines distintos a los que tendrían que servir tales recursos.

Al analizar de este modo el resultado en cuestión se obtienen conclusiones sustancialmente diferentes de las que ha propuesto el constructivismo. Según se verá en

la sección dedicada al objetivo de asistencia mínima, la abundante y continua inyección de recursos no ha producido cambios apreciables en las condiciones de vida de los desplazados. Por el contrario, según fue señalado por la Corte en el Auto 219 de 2011, «pese a los esfuerzos presupuestales realizados y a la corrección de algunas falencias, (...) no se evidenciaron cambios significativos en la mayoría de los indicadores del goce efectivo de los derechos de la población desplazada».

Si bien el desplazamiento forzado no ha hecho más que recrudecerse desde la expedición de la sentencia —circunstancia que ayudaría a explicar, en parte, las razones por las cuales no han aflorado resultados más alentadores— es menester tener en cuenta que el incremento de las inversiones realizadas por el Estado dista de ser un esfuerzo ordinario. En ese sentido, resulta por lo menos asombroso que un empeño de semejantes dimensiones no se haya traducido en mejoras perceptibles de la situación socioeconómica que enfrenta la población desplazada.

Una muestra evidente de tal paradoja se encuentra en el informe elaborado, a petición de la Corte, por la Comisión de Seguimiento con base en la tercera encuesta nacional de verificación practicada en el año 2010. Entre otros hallazgos similares, la Comisión advirtió que para ese momento «un 66% de la población desplazada no [había recibido] ningún tipo de ayuda con ocasión de su desplazamiento forzado»<sup>568</sup>. Pese a que dicho porcentaje representaba un adelanto frente a los resultados anteriores —pues en el año 2007 dicha cifra fue de 80,7%, mientras que en 2008 fue del 69,4%—, es verdaderamente difícil entender que, luego del exponencial incremento del presupuesto, apenas una tercera parte de los desplazados hubiese recibido *alguna* de las prestaciones incluidas en el programa de asistencia humanitaria inmediata<sup>569</sup>. Mayor desconcierto suscita el hecho de que, con arreglo a este mismo informe, para el año «2010 solo [el]

---

<sup>568</sup> COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Tercer informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*, Bogotá, diciembre de 2010, p. 65. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/images/tierras-enero-2012/documentos-relacionados-tierras/despojo-restitucion-retorno/47-III-Informe-de-Verificacion-CS-dic-910.pdf>

<sup>569</sup> De acuerdo con la definición contenida en el artículo 108 del Decreto 4800 de 2011, la ayuda humanitaria inmediata debe ser proporcionada por la entidad territorial que recibe a la población desplazada y ha de «garantizar los componentes de alimentación, artículos de aseo, manejo de abastecimientos, utensilios de cocina y alojamiento transitorio, mientras se realiza el trámite de inscripción en el Registro Único de Víctimas».

0,5% de los grupos familiares inscritos en el RUPD [Registro Único de Población Desplazada] ha recibido todos los componentes de ayuda inmediata»<sup>570</sup>.

En definitiva, el aumento de las partidas presupuestales no ha conducido a la obtención de logros sustanciales en los dos campos sobre los cuales pretendía incidir la Corte: por un lado, no se ha incrementado la capacidad institucional de los órganos encargados de ejecutar la política pública y, en segundo lugar, tampoco se ha producido un impacto positivo en las condiciones de vida de la población desplazada<sup>571</sup>. En estos términos, a la luz de la perspectiva compleja con énfasis en la víctima, es preciso matizar el optimismo que ha prevalecido entre las investigaciones que han calificado como un triunfo indiscutible el referido incremento del gasto público. A la vista de la subsistencia de las fallas estructurales que fueron denunciadas por el Tribunal en la sentencia T-025 de 2004, es evidente que las autoridades han incurrido en graves fallas de eficiencia y transparencia al ejecutar tales recursos.

#### ***(5.6.3.3.) Evolución de los programas específicos que se articulan en la política pública***

Con el propósito de simplificar el análisis de los componentes específicos que dan forma a la política pública de atención a la población desplazada, se ha elaborado un cuadro que registra los principales hallazgos hechos por la Corte Constitucional en la materia. Si bien se han realizado evaluaciones posteriores sobre el progreso concreto de algunos de estos programas<sup>572</sup>, se toma como referencia la información que se encuentra consignada en los Autos 008 de 2009 y 219 de 2011. Según lo observado antes, estas

---

<sup>570</sup> COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, Op. Cit., p. 65.

<sup>571</sup> Conforme a los informes presentados por la Contraloría General de la República y la Comisión de Seguimiento, las deficiencias relacionadas con la inversión de tales recursos se deben a los tres siguientes defectos: problemas en la ejecución del presupuesto, fallas en cuanto a la *pertinencia* y *oportunidad* de los gastos realizados, y falta de transparencia en dichas inversiones. A lo anterior es preciso añadir que el Gobierno ha incumplido de manera reiterada la exigencia hecha por la Corte para que discrimine en sus informes los recursos que son destinados propiamente a la atención a la población desplazada de aquellos que son empleados para el funcionamiento administrativo del sistema.

<sup>572</sup> Entre otras decisiones en las que se han llevado a cabo estudios específicos sobre la evolución de tales programas, vale la pena destacar los autos 099 de 2013, en el cual fueron analizados los ajustes introducidos a la política de ayuda humanitaria de emergencia; 010 de 2015, en el que se examinó el componente de protección de los derechos a la vida y a la seguridad de los líderes y de las personas víctimas de desplazamiento forzado en situación de riesgo extraordinario; y 395 de 2015, en el cual se adelantó una revisión puntual de los progresos obtenidos en la política de generación de ingresos.

dos decisiones contienen estudios minuciosos sobre las actuaciones emprendidas por las autoridades para dar cumplimiento al fallo estructural. En ellos el Tribunal pretendía establecer si, con arreglo a los progresos obtenidos hasta ese momento, era posible levantar el estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004. En consecuencia, tales autos ofrecen una panorámica completa y sumamente detallada de cada uno de los componentes, hecho que los convierte en un insumo ideal para el examen que se propone adelantar ahora. Por último, teniendo en cuenta las razonables objeciones que puede suscitar el tiempo que ha transcurrido desde su expedición, es preciso señalar que hasta la fecha la Corte no ha repetido este ejercicio de ajuste global de cuentas. Dicha circunstancia, que no es grave en sí misma, pues tales informes siguen siendo relativamente recientes, obliga a atenerse a la información que en ellos ha vertido el Tribunal.

Los datos que aparecen en el cuadro han sido distribuidos de la siguiente manera: en las columnas verticales figuran los diez componentes de la política pública que han sido analizados por la Corte —esto es, vivienda, política de tierras, generación de ingresos, etc.—. En las filas horizontales se encuentran tres criterios, que han sido formulados a modo de pregunta, que pretenden establecer los adelantos obtenidos en cada uno de estos programas hasta las fechas de corte en que fueron expedidos los autos: (i) ¿se ordenó en los autos de seguimiento la creación o la reformulación estructural del programa en cuestión?; (ii) ¿el estudio de los progresos obtenidos dio lugar a una valoración mayormente negativa de las actuaciones emprendidas por las autoridades?; (iii) ¿la Corte solicitó a los órganos de control información sobre el progreso de los procesos que se estuvieran adelantando para sancionar el desacato de las órdenes relacionadas con el programa en cuestión?. Las casillas marcadas con una equis [X] indican que la pregunta correspondiente fue respondida de manera afirmativa por la Corte. Así pues, cuanto mayor sea el número de respuestas positivas que aparezca en cada columna, menor habrá sido el grado de cumplimiento de las órdenes correspondientes.

	1. Política de vivienda	2. Política de tierras	3. Política de generación de ingresos	4. Corrección de vacíos de los derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación	5. Prevención del desplazamiento forzado	6. Protección de los derechos a la vida y a la seguridad de líderes y sujetos en riesgo extraordinario	7. Ajustes al programa de ayuda humanitaria de emergencia	8. Ajustes al programa de retorno y reubicación	9. Subregistro y falencias en los sistemas de información	10. Participación de los desplazados en el diseño e implementación de la política pública
¿Se ordenó en los autos 008/09 y 219/11 la creación o la reformulación estructural del programa en cuestión?	X	X	X	X	X	X				X
¿El estudio de los progresos obtenidos dio lugar a una valoración mayormente negativa de las actuaciones emprendidas por las autoridades?	X	X	X	X	X	X	X	X	X	X
¿La Corte solicitó a los órganos de control información sobre el progreso de los procesos que se estuvieran adelantando para sancionar el desacato de las órdenes relacionadas con el programa en cuestión?	X	X	X	X	X	X			X	

*Elaboración propia*

El planteamiento de estos tres criterios exige tanto una explicación más detallada como una justificación adicional. En cuanto a lo primero, es menester precisar el significado y las implicaciones que se siguen de cada interrogante. Las respuestas afirmativas a la primera pregunta revelan que, en opinión de la Corte, subsisten graves defectos que requieren una profunda reformulación del programa o bien que dicho componente no ha sido implementado por el Gobierno, en cuyo caso este ha sido requerido para que cumpla el deber de ponerlo en marcha. Naturalmente, cualquiera de los dos supuestos implica un serio incumplimiento de las obligaciones impuestas en el fallo estructural.

El segundo interrogante, por su parte, no requiere mayor explicación. Aunque en cada uno de los programas el Tribunal constató mejoras de mayor o menor grado, mediante esta pregunta se pretende destacar la eventual prevalencia de un juicio de carácter negativo sobre las actuaciones realizadas por las autoridades. El tercer interrogante, en cambio, se basa en la utilización de mecanismos coactivos por parte del Tribunal para asegurar el acatamiento de sus órdenes. Según se indicó con antelación,

debido a la renuencia de ciertas autoridades, la Corte ha acudido a los órganos de control para obtener su respaldo en la ejecución efectiva de tales directrices. En concreto, ha solicitado a la Fiscalía General de la Nación, a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación información sobre las investigaciones realizadas en contra de los funcionarios que han desatendido los llamamientos hechos por el Tribunal. La adopción de medidas de esta índole es una clara señal de alarma sobre la abulia y el desinterés de ciertas autoridades frente a la intervención judicial.

Dicho lo anterior, se formulan algunas observaciones basadas en la información que proporciona el cuadro. En primer lugar, es evidente que el balance realizado por la Corte sobre la evolución general de la política pública es marcadamente negativo. Prueba de ello se encuentra en los resultados obtenidos en la segunda pregunta, que se respondió de manera afirmativa en cada uno de los componentes analizados. Tal valoración dio lugar a que, a excepción de lo ocurrido en el caso específico del derecho a la salud, la Corte resolviera mantener la declaración del estado de cosas inconstitucional. De otro lado, si bien en todos los programas prevaleció un dictamen desfavorable, se debe hacer énfasis en las conclusiones a las que arribó el Tribunal luego de analizar las políticas de tierras (2); de verdad, justicia y reparación (4); y de sistemas de información (9). En estos tres programas concluyó que los avances conseguidos hasta el 6 de agosto de 2010 —fecha en la que terminó el mandato del Presidente ÁLVARO URIBE VÉLEZ— eran casi inexistentes. Sobre la segunda de estas políticas, en el Auto 219 de 2011 se puede leer el siguiente comentario: «La Corte Constitucional concluye que para el 6 de agosto de 2010, a pesar de lo ordenado en el numeral décimo del Auto 008 de 2009, la política pública de *garantía de derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición* continuaba sin ser formulada, o incluir acciones decididas para corregir los vacíos protuberantes»<sup>573</sup>. Tal veredicto, que se repitió en términos casi idénticos en los otros dos componentes, pone en duda la capacidad de los Tribunales de imponer a Gobiernos reacios asuntos que no coinciden con sus prioridades políticas.

Dicha conclusión es ratificada por la reforma constitucional que fue promovida por este mismo Gobierno con el fin de introducir el principio de sostenibilidad fiscal en el texto superior, Acto Legislativo 3 de 2011, aprobado por el Congreso de la República

---

<sup>573</sup> Auto 219 de 2011, par. 143.

por iniciativa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público<sup>574</sup>. Aunque dicho principio resulta oponible a todas las autoridades públicas, es indiscutible que su objetivo primordial apunta a la creación de restricciones normativas que limiten la expedición de fallos judiciales que afecten las finanzas públicas<sup>575</sup>. La enmienda crea un «incidente de impacto fiscal» que puede ser promovido por el Procurador General de la Nación o por uno de los Ministros del Gobierno, para que los Tribunales reconsideren este tipo de decisiones y, cuando lo consideren oportuno, procedan a «modular, modificar o diferir los efectos de [las sentencias], con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal»<sup>576</sup>. En la medida en que los fallos estructurales son las decisiones judiciales que provocan un mayor impacto en el erario público, es evidente que esta reforma busca contener su eventual ascenso en el país latinoamericano.

En este orden de ideas, el Gobierno no solo se abstuvo de implementar algunas de las políticas exigidas por la Corte Constitucional, sino que ha pretendido restringir este tipo de intervenciones en el futuro. De ahí que sea razonable inferir que el propósito de modificar la postura del Ejecutivo en la materia no ha cosechado los mejores frutos.

De regreso a la información consignada en el cuadro, es oportuno destacar que, a pesar de la valoración general que acaba de ser referida, en ciertos componentes la Corte descubrió progresos favorables. Tal es el caso de los programas de ayuda humanitaria de emergencia (7) y de retorno y reubicación (8). En ambas políticas el Tribunal concluyó que el Gobierno había procedido con determinación a fin de corregir las falencias descubiertas en el fallo y en los autos de seguimiento. Con fundamento en

---

<sup>574</sup> Gaceta del Congreso número 451 de 2010.

<sup>575</sup> En el texto de la ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo se justifica la introducción del principio de sostenibilidad fiscal en los siguientes términos: «En otras oportunidades los fallos de los jueces han sido exorbitantes y en ese sentido ajenos a la realidad fiscal del país. Ejemplo de ello es la sentencia de tutela que obliga al Estado a la construcción de cárceles dignas [sentencia T-153 de 1998, expedida por la Corte Constitucional], cuyo cumplimiento aún se encuentra pendiente. La sentencia que obliga al Estado a garantizar medicina integral para todo el que así lo necesite [sentencia T-760 de 2008, expedida por la Corte Constitucional]. El innumerable número de sentencias de tutela que obligan al cubrimiento de medicamentos de servicios excluidos del POS y que tienen al Fosyga al borde de la quiebra». Con fundamento en lo anterior, el informe concluye que «Reconocer hoy derechos ciudadanos de manera desmedida sin atender la capacidad financiera del Estado, no solo es irresponsable con las generaciones futuras, sino que atenta contra los derechos de quienes no pueden acceder a dichos mecanismos hoy. Ante la perspectiva real de quiebra por parte de un Estado que no tiene los medios suficientes para cumplir con el mandato constitucional, debemos reflexionar acerca de la manera como queremos materializar el Estado Social de Derecho». Gaceta del Congreso número 723 de 2010.

<sup>576</sup> Artículo 1 del Acto Legislativo 3 de 2011, el cual reforma el artículo 334 de la Constitución Nacional de Colombia.

lo anterior, la Corte declaró que no era necesario acometer una reformulación integral de dichos componentes. De igual manera, no estimó necesario requerir a los órganos de control para que adelantaran procesos sancionatorios en estos dos campos.

Finalmente, al analizar los resultados del último criterio propuesto, se observa que la Corte ha ejecutado un llamativo viraje que la ha apartado del enfoque dialógico que, en términos generales, habría prevalecido a lo largo de la intervención. Según consta en el cuadro, en siete de los diez programas solicitó información sobre los procesos penales, disciplinarios y fiscales que se estuvieran adelantando para establecer la responsabilidad de los funcionarios encargados de ejecutar la política. Tal medida no solo pone de presente la inquietud que habría cundido entre los magistrados ante el reiterado incumplimiento de sus decisiones, sino también el propósito de utilizar una estrategia distinta a la empleada hasta entonces. Esta nueva orientación aproximaría a la Corte al modelo de las intervenciones unidireccionales que fueron descritas en el capítulo I<sup>577</sup>.

En suma, con arreglo a los hallazgos consignados en los Autos 008 de 2009 y 219 de 2011, los componentes de la política pública analizados por la Corte aún presentan graves defectos que han impedido la finalización del proceso de seguimiento del fallo. Si bien se han descubierto avances de distinto grado, lo cierto es que las reformas introducidas hasta ahora no han logrado satisfacer las exigencias planteadas por el Tribunal. En consecuencia, los resultados que han aflorado luego del fallo impiden hablar de una verdadera transformación de la acción pública del Estado. La prueba más elocuente de ello se encuentra en la decisión de mantener el estado de cosas inconstitucional que fue declarado en la sentencia T-025. Tal determinación supone que, a juicio del Tribunal, aún subsiste una realidad contraria a la Constitución que ha permitido la violación sistemática de los derechos fundamentales de millones de ciudadanos.

#### ***(5.6.3.4.) Evolución del objetivo de asistencia mínima***

---

<sup>577</sup> Dicho cambio se reflejaría, de igual modo, en los autos que emitió por esta misma época para exigir al Gobierno la creación de programas de atención a la población desplazada con enfoque diferencial. Según fue señalado en su momento, la Corte precisó con gran detalle el contenido y la orientación que cada uno de tales planes debía seguir.



Antes de iniciar el análisis de los resultados obtenidos en este ámbito, es pertinente hacer alusión a un importante logro cuya consecución debe ser resaltada. Una de las razones que llevó a la Corte a declarar en el año 2004 que la política pública debía ser sometida a una profunda y rigurosa reestructuración fue la inexistencia de un instrumento de medición que permitiera establecer el goce efectivo de los derechos de la población desplazada. La ausencia de dicha herramienta impedía determinar la situación real en que se encontraban los desplazados y hacía nugatoria la posibilidad de evaluar de manera eficaz los efectos que dicha política generaba entre las personas a las que se dirigía. Hoy en día se cuenta con una batería de aproximadamente trescientos indicadores que han sido diseñados para la medición de veintidós derechos<sup>578</sup>. Según se dijo antes, en su elaboración participaron representantes del Gobierno, funcionarios de los órganos de control y miembros de las organizaciones que han participado de manera activa en el proceso de seguimiento. A nuestro juicio, la creación de estos indicadores es uno de los logros más significativos que ha producido la intervención de la Corte.

Por desgracia, los resultados que arrojan las investigaciones que han utilizado tales criterios no son muy favorables. Pese a las diferencias de criterio que se han presentado entre el Gobierno y los intervinientes en el proceso —quienes han practicado mediciones independientes con base en la aludida batería de indicadores— lo cierto es que todas las evaluaciones coinciden en que la situación de los desplazados es sumamente precaria. De acuerdo con el informe presentado por la Comisión de Seguimiento —elaborado con base en la III Encuesta Nacional de Verificación realizada por esta organización y por la Universidad Nacional de Colombia— en el año 2010 únicamente un 10,5% de los hogares disponía de una vivienda digna; el 45% vivía en condiciones de hacinamiento crítico y apenas el 55% tenía acceso a los servicios públicos domiciliarios. En cuanto al derecho a la alimentación, dicho informe concluyó que «el 65,2% de la población inscrita en el RUPD y el 65,9% de la población no inscrita sufrió algún síntoma de insuficiencia alimentaria»<sup>579</sup>. En este mismo sentido, señaló que un 46,5% no consumía todas las comidas principales por falta de dinero o de alimentos. De otro lado, en lo que se refiere a los derechos al mínimo vital y a la ayuda humanitaria de emergencia, la Comisión indicó que el 66,2% de los núcleos familiares

---

<sup>578</sup> Los indicadores de resultado se encuentran descritos en los Autos 109 de 2007, 233 de 2007, 116 de 2008 y 155A de 2012.

<sup>579</sup> Auto 219 de 2011, par. 290.

incluidos en el Registro no había recibido ningún tipo de auxilio de parte del Estado y solo el «0,5% de los grupos familiares inscritos en el RUPD ha recibido todos los componentes de ayuda inmediata». En el caso del derecho a generar y percibir ingresos adecuados, el informe reporta que únicamente el 43,4% de la población registrada en edad laboral contaba con un empleo; un 3,8% se encontraba desempleada y un 53% no buscaba trabajo de manera activa. Vale la pena destacar que el 96,5% de los trabajos en que se empleaba la población desplazada en el año 2010 eran informales.

Una última evidencia de la alarmante situación que atraviesa la población desplazada se encuentra en los criterios que miden la situación de pobreza. De acuerdo con el informe de la Comisión de Seguimiento, para el año 2010 el 97,6% de las familias incluidas en el Registro se hallaban por debajo de la línea de pobreza, mientras que el 78,8% vivía en condiciones de pobreza extrema. En estos términos, es innegable que la intervención acometida por la Corte no ha conseguido modificar de manera sustancial la penosa realidad que enfrentan las personas que huyen de sus hogares como consecuencia de la violencia.

Sin embargo, también es preciso señalar que en algunos ámbitos se han registrado resultados positivos. Con arreglo a los informes presentados por el Gobierno, para el año 2010 «el 75,74% del total de hogares con niños entre 5 y 17 años de edad incluidos en el RUPD asisten regularmente a un nivel educativo formal»<sup>580</sup>. Lo anterior significa que el 85,9% de los menores con edades en el rango señalado cuentan con acceso efectivo al sistema educativo. De acuerdo con las estadísticas presentadas por la Comisión de Seguimiento, este resultado sería aún más favorable pues dicho porcentaje fue establecido en un 87,1% en esta medición. Si bien se advirtieron algunas fallas en la implementación del principio de gratuidad del servicio, la Comisión indicó que los avances conseguidos en este campo ascendían a un porcentaje del 78%.

Por otra parte, en lo que se refiere al derecho a la reunificación familiar, pese a que el 36% de los hogares sufrieron rupturas o separaciones como consecuencia del desplazamiento, el 97% de los menores de edad goza de este derecho. En cuanto al derecho a la identificación, con arreglo a los informes presentados por el Gobierno, el 95% de los hogares incluidos en el Registro cuentan con documentos de identidad.

---

<sup>580</sup> Auto 219 de 2011, par. 295.

Finalmente, es preciso destacar que los resultados más sobresalientes se encuentran en el ámbito de la salud. Según los informes presentados por el Gobierno, para el año 2010 el 88,10% de los hogares incluidos en el Registro se encontraban afiliados al Sistema General de Seguridad Social. Sobre el particular, la Corte comentó lo siguiente: «al evaluar los informes presentados por el Gobierno Nacional y por la Comisión de Seguimiento en los años 2008 y 2010, en materia de avance en el goce efectivo del derecho a la salud, encuentra que los resultados en materia de aseguramiento como indicador acceso y garantía [Sic] para la población desplazada ubicada en las zonas urbanas, señalan un cumplimiento alto de conformidad con los estándares fijados en el Auto 185 de 2004 e indican que los obstáculos para el aseguramiento efectivo en salud de la población desplazada detectados al momento de declarar el estado de cosas inconstitucional han sido superados». Pese a ello, el Tribunal constató que subsistían graves fallas en la atención efectiva del servicio de salud a las comunidades indígenas y a los pueblos afrodescendientes. En consecuencia, el levantamiento del estado de cosas inconstitucional que fue decidido en el Auto 219 de 2011 sobre el derecho a la salud no incluyó las actuaciones relacionadas con estos sujetos de especial protección constitucional.

En estos términos, finaliza la presentación de las consecuencias que ha desencadenado la intervención de la Corte Constitucional colombiana. Según se ha visto, aunque se han conseguido avances indiscutibles tanto en el ámbito de la política pública como en lo que se refiere al goce efectivo de los derechos de la población desplazada, es igualmente innegable que el balance general de esta empresa dista de ser positivo. Luego de más de una década desde la expedición de la sentencia T-025, aún subsisten —en su mayoría— los defectos estructurales que fueron denunciados por la Corte. Del mismo modo, las reformas que han sido introducidas a la política pública no han logrado generar una modificación sustancial de la agobiante situación económica y social que padecen los desplazados. En ese sentido, cuesta compartir el optimismo de quienes han juzgado los resultados obtenidos tras la intervención de la Corte como una auténtica transformación del desplazamiento forzado.

En este orden de ideas, si es cierto que el amparo estructural de los derechos ofrece resultados bastante modestos en comparación con las enormes expectativas de cambio social que el fenómeno despertaría entre los ciudadanos, emerge un difícil interrogante: ¿deberían los tribunales emitir este tipo de sentencias a pesar de las

probadas dificultades que enfrentan para dar cumplimiento a las transformaciones que se proyectan en sus fallos? Con una reflexión final a propósito de esta pregunta concluimos esta investigación sobre el devenir de las sentencias estructurales.

### ***5.7. Consideración final sobre la eficacia del amparo estructural***

Según se ha logrado establecer en este último capítulo, los tribunales encuentran enormes dificultades para cumplir las ambiciosas metas que se trazan en los fallos estructurales. La ardua implementación de las órdenes emitidas en *Brown*, *Grootboom* y la sentencia T-025 confirma que el camino que conduce a las transformaciones sociales es una vía rebotante de obstáculos y reveses. A su vez, demuestra que el éxito de tales empresas depende de la cooperación y de la voluntad política que ofrezcan los demás poderes públicos. Sin una genuina disposición a contribuir de parte de las autoridades representativas —que tampoco puede ser impuesta a través de llamamientos judiciales— estas iniciativas parecen estar destinadas al fracaso. Dicha inferencia podría ser interpretada como una exhortación dirigida a los tribunales para que se abstengan en cualquier caso de emplear la técnica del amparo estructural de los derechos. Sin embargo, ninguna idea, salvo aquella que pudiera llevar a un uso desaforado de estos fallos, podría estar más apartada de la conclusión a la que se ha llegado al finalizar esta investigación.

Al concluir su estudio sobre las consecuencias que habría provocado el activismo judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, GERALD ROSENBERG propone una memorable metáfora que pretende ilustrar las nocivas consecuencias que acarrearía esta tendencia. A juicio del autor, los tribunales ejercerían sobre los movimientos que persiguen transformaciones sociales la acción del *papel atrapamoscas* [fly-paper]: «Los tribunales actúan como “fly-paper” sobre los reformadores sociales, quienes sucumben ante el encanto del litigio»<sup>581</sup>. En los términos de esta comparación, la *trampa de las acciones judiciales* los atraería obsequiándoles victorias meramente simbólicas que, pese a su espectacularidad, no contribuirían a la consecución de las metas que persiguen. Por el contrario, dichas sentencias únicamente suscitarían un enconado rechazo por parte de la sociedad, que bien podría desembocar en acciones

---

<sup>581</sup> ROSENBERG, Op. Cit., p. 427.

violentas como las que aparecieron en el sur de los Estados Unidos tras la aprobación de *Brown*.

El símil del papel atrapamoscas se traduce en que, una vez los movimientos sociales han caído en él, no logran liberarse del engaño al que este ardid los somete. Tenderían a tomar las victorias simbólicas que ofrecen los tribunales por conquistas reales, lo que distraería el impulso de sus reivindicaciones y los disuadiría de perseverar en el empleo de herramientas de movilización social y política. A nuestro juicio, esta última advertencia entraña una profunda verdad que debe ser tomada en cuenta por quienes promueven este tipo de demandas. En efecto, la sobrevaloración de la eficacia del activismo judicial —y, más concretamente, del amparo estructural de los derechos— puede acarrear un ostensible debilitamiento de las fuerzas sociales que reclaman la materialización efectiva de los derechos que consagran las Constituciones. En ese sentido, las experiencias judiciales analizadas en este capítulo demuestran que no es aconsejable invertir todos los recursos de estos proyectos en los tribunales, pues ellos carecen de las herramientas necesarias para adelantar por su cuenta tales transformaciones.

Al margen de lo anterior, es preciso destacar que el reconocimiento de dichas limitaciones en modo alguno conduce a la escéptica conclusión planteada por ROSENBERG. A lo largo de esta investigación hemos recabado evidencias que demuestran que las sentencias estructurales impulsan cambios positivos que, de ser adecuadamente aprovechados por los movimientos sociales, pueden contribuir a la consecución de los objetivos que ellos persiguen. Es un gran desacierto sostener que la intervención de los tribunales en estos asuntos resulta irremediabilmente contraproducente. En la medida en que el litigio sea articulado dentro de una estrategia compleja que haga énfasis en actuaciones de orden político y social, no cabe duda de que los tribunales se encuentran en condiciones de ofrecer un aporte decisivo para la realización efectiva de los derechos que aguardan a cobrar vida en los textos constitucionales.

## CONCLUSIONES

1. En esta investigación hemos abordado una de las manifestaciones más sobresalientes y actuales del activismo judicial, el amparo estructural de los derechos. Hemos definido este fenómeno con base en las cuatro características primordiales que lo diferencian de los procesos tradicionales de amparo: (i) los fallos en cuestión pretenden poner fin a violaciones generalizadas y sistemáticas de derechos que afectan, por lo general, a un vasto número de personas; (ii) la causa que suele desencadenar estas graves situaciones es el acaecimiento de *bloqueos institucionales* que anulan la capacidad de reacción del Estado para corregir la violación de los derechos de los ciudadanos; (iii) la parte dispositiva de estas sentencias contiene órdenes complejas que exigen el diseño y la implementación de políticas públicas; (iv) en los casos más

representativos, la aprobación del fallo, en vez de dar por concluido el proceso judicial, da inicio a una fase subsiguiente durante la cual se evalúa el cumplimiento de las órdenes impuestas.

2. Con el fin de facilitar el estudio de estas decisiones, se ha propuesto una clasificación que se basa en el grado de injerencia de los tribunales en el ejercicio de las competencias asignadas a otras autoridades. Con arreglo a este criterio, los fallos estructurales se agrupan en tres conjuntos: órdenes declarativas, órdenes dialógicas y órdenes unidireccionales.

En las órdenes declarativas se observa el menor grado de intervención judicial en la elección de los medios que deben ser empleados para dar cumplimiento al fallo. Los tribunales que acogen esta alternativa se limitan a advertir a las autoridades la necesidad de adoptar medidas generales para remediar la violación de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, las entidades responsables cuentan con un amplio margen de maniobra para decidir la estrategia que habrá de ser utilizada para conjurar la situación correspondiente. Aunque estas sentencias se perfilan como una solución ideal al problema de la legitimidad democrática de las intervenciones estructurales, ya que dejan en manos de los órganos competentes la definición de las acciones que deben ser emprendidas, por su misma amplitud, tienen el defecto de estar expuestas a un alto riesgo de incumplimiento.

Las sentencias unidireccionales, por otra parte, se caracterizan por imponer a sus destinatarios un minucioso catálogo de órdenes. A diferencia de lo que ocurre en las sentencias declarativas, los tribunales que las aprueban definen de manera precisa el contenido, la orientación, los plazos, los beneficiarios y los demás elementos esenciales de las políticas públicas que han de ser implementadas. Con estas determinaciones, los tribunales pretenden evitar el desacato de sus órdenes y mantener un estricto control sobre el proceder del Estado. El alto precio que deben asumir al restringir de este modo la discrecionalidad de las autoridades es el recrudecimiento de los reparos formulados con fundamento en la dificultad contramayoritaria.

Las sentencias dialógicas, en cambio, se ubican en un punto intermedio entre los fallos declarativos y los unidireccionales. Procuran abstenerse de interferir de manera indebida en el ejercicio de competencias ajenas a los tribunales, sin renunciar por ello a la exigencia de resultados concretos en la superación de los referidos *bloqueos*

*institucionales*. El nombre que reciben estos fallos se debe a que emplean como herramienta principal para la solución de estas controversias el diálogo entre las partes involucradas en ellas. En estos términos, los tribunales disponen la creación de escenarios de deliberación abierta y racional para que de ellos surjan las soluciones de política pública que, más adelante, serán implementadas por el Estado. En razón de lo anterior, la labor que desempeñan los tribunales consiste en verificar que dichas soluciones garanticen la protección efectiva de los derechos y no desatiendan los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.

El segundo propósito de los fallos dialógicos apunta al fortalecimiento de la capacidad de los órganos responsables del diseño y la ejecución de la acción pública del Estado. Dicho objetivo resalta el talante marcadamente institucional de estas intervenciones, pues en lugar de intentar la reparación de los derechos a cualquier costo, como parece ocurrir en el caso de las sentencias unidireccionales, pretenden conseguir este fin mediante el restablecimiento de la normalidad institucional. En ese sentido, los tribunales no intentan sustituir a las autoridades en el ejercicio de sus competencias, sino contribuir a la superación del marasmo que les impide reaccionar en debida forma ante estas situaciones. Más concretamente, exigen una pronta y eficaz mejora de los recursos técnicos, logísticos, humanos y financieros de dichas entidades, para que ellas mismas puedan encarar estos arduos desafíos con sus propios medios. Tales razones nos llevan a afirmar que los fallos dialógicos son el instrumento más adecuado para armonizar las intervenciones estructurales con las exigencias del principio democrático.

3. Por otro lado, aunque esta investigación se ha centrado en el estudio del amparo estructural en los ordenamientos jurídicos nacionales, asimismo se ha analizado la manera como este fenómeno se ha abierto camino en los tribunales regionales de derechos humanos. A partir del año 2004, el Tribunal de Estrasburgo ha empleado el procedimiento de las sentencias piloto [*pilot judgments*] para solventar la congestión judicial generada por algunas de las reformas que han sido aprobadas en el Consejo de Europa. Tales fallos son emitidos cuando, a juicio del Tribunal, ocurren «problemas sistémicos» que ocasionan violaciones generalizadas de los derechos reconocidos en la Convención. Para evitar un alud de demandas idénticas, ordena a los Estados adoptar «medidas generales» de modo que tales situaciones sean resueltas dentro de las fronteras nacionales. Este proceder parece contrariar la señalada impronta individualista del recurso judicial que da acceso al Tribunal de Estrasburgo. De igual manera, no



parece encajar fácilmente con las demás piezas del sistema europeo de protección de derechos humanos que otorgan a los Estados un amplio margen de discrecionalidad. Sin embargo, las sentencias piloto han logrado consolidarse en la jurisprudencia y su utilización se ha convertido en un hecho relativamente habitual en la jurisdicción de Estrasburgo. Más aún, teniendo en cuenta la deriva que han seguido recientemente estos fallos, cabe preguntarse si habrán de mantenerse como un instrumento de descongestión judicial o si, por el contrario, habrán de promover una participación mucho más activa y desenfadada del Tribunal en asuntos que, en principio, conciernen únicamente a la política interna de los países.

4. En la otra orilla del Atlántico, por su parte, no cabe duda del impacto que ha producido en los países de la región la adopción de esta fórmula en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la medida en que en ella ha prevalecido la idea según la cual corresponde a la Corte orientar a los Estados de manera clara y enfática en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, estas sentencias han propiciado las más meticulosas intervenciones judiciales. De tal suerte, adoptando un enfoque claramente unidireccional, el Tribunal ha tratado de impulsar ambiciosas transformaciones sociales con el fin de garantizar la *no repetición* de los hechos que motivan estas condenas. En dicho empeño no ha dudado en exigir de manera explícita la pronta implementación de políticas públicas que corrijan las violaciones generalizadas de los derechos. Sin embargo, por regla general, ha preferido emplear un lenguaje más sutil para indicar a los Estados las reformas que deben acometer en sus países. En cualquier caso, resulta indiscutible que, al margen de los términos empleados por la Corte, los fallos estructurales que esta emite se proponen cambios sociales e institucionales que no tienen parangón en el ámbito internacional. Una de las pruebas más elocuentes de este brío reformador se encuentra, a nuestro juicio, en los fallos en los que ha llegado a ordenar la aprobación de reformas constitucionales para asegurar la adecuación de los ordenamientos internos a las estipulaciones de la Convención Americana.

La clasificación de estas intervenciones judiciales surge a partir de los principales objetivos que se ha trazado la Corte Interamericana. De acuerdo con este criterio, los fallos estructurales se organizan en los siguientes cuatro conjuntos: (i) restablecimiento de los derechos al territorio y a la conservación de la identidad cultural de los pueblos indígenas; (ii) transformación institucional de los procedimientos y de

los protocolos empleados por las autoridades nacionales; (iii) adecuación de los sistemas penitenciarios a los estándares internacionales contenidos en el Convenio Americano; (iv) creación de políticas públicas educativas que eviten la vulneración de los derechos humanos. Todos estos fallos tienen en común el hecho de haber sido aprobados con el propósito de reformar el paradigma de la *restitutio in integrum* que ha regido la responsabilidad internacional en la materia. Queda por establecer, en futuras investigaciones, el éxito obtenido por el Tribunal en la realización de estas empresas.

5. De vuelta a los ordenamientos jurídicos internos, es preciso destacar las principales conclusiones a las que se ha llegado a propósito del problema de la legitimidad democrática del amparo estructural. Luego de analizar detalladamente las dos posturas antagónicas que han predominado en la doctrina, se advierte que ninguna de ellas ha conseguido imponer sus razones en esta disputa. Los valedores del activismo judicial no han logrado pergeñar un argumento que refute de manera definitiva las objeciones basadas en el carácter aristocrático de estas actuaciones. Sus detractores, de igual modo, han sido incapaces de desmentir los beneficios democráticos que supone la representación material de los intereses de los que se desentiende la política. De ahí que no sea posible zanjar esta discusión adhiriéndose a alguna de estas drásticas opiniones.

A nuestro juicio, la dificultad contramayoritaria que se plantea a los fallos estructurales es una objeción consistente que los tribunales deben tener en cuenta a la hora de embarcarse en estos proyectos. Si bien no consigue justificar un deber incondicional de abstención frente a las violaciones generalizadas y sistemáticas de los derechos, definitivamente obliga a los tribunales a reconocer la necesidad de conciliar —en la medida de lo posible— estas intervenciones con el principio democrático.

En esta investigación hemos propuesto cuatro criterios que permiten evaluar el grado de cumplimiento de dicho deber. Cuanto más alto sea el nivel de satisfacción de estos requerimientos, mayor será el grado de legitimidad de la actuación judicial: (i) es preciso que exista un fundamento normativo explícito que asigne a las autoridades representativas la obligación —constitucional o legal— de adoptar medidas de carácter general para garantizar los derechos de los ciudadanos; (ii) la cantidad de demandas interpuestas —o, de manera subsidiaria, la información recabada por el tribunal durante el proceso— debe demostrar que efectivamente se está en presencia de una violación

generalizada y sistemática de los derechos de los ciudadanos; (iii) la autoridad que expide el fallo estructural ha de ser un cuerpo colegiado, esto es, un tribunal y no un juzgado unipersonal, que cuente con un margen de tiempo razonablemente amplio para resolver la controversia, y que, por otra parte, se ubique en una posición descollante dentro de la estructura de la Jurisdicción Constitucional; (iv) los tribunales deben restringir al máximo las injerencias en el ejercicio de las competencias encomendadas a las autoridades responsables de la implementación de las políticas públicas; por el contrario, han de procurar el robustecimiento de su capacidad institucional para que ellas mismas se encarguen de orientar la acción pública del Estado. En ese sentido, resulta altamente deseable que estas intervenciones se ajusten al modelo de los fallos dialógicos.

6. Las causas que determinan el surgimiento del amparo estructural han constituido una parte principal de los hallazgos realizados en esta investigación. Tras analizar la hipótesis de la *explicación tradicional*, según la cual estas sentencias son el resultado de la concurrencia de Constituciones progresistas que permiten la exigibilidad judicial de derechos de alto contenido prestacional y jueces activistas interesados en hacer valer sus concepciones ideológicas sobre las decisiones mayoritarias, concluimos que ninguna de ellas es suficiente para provocar este fenómeno. La eclosión de los fallos estructurales en los ordenamientos jurídicos internos depende, en realidad, de dos elementos: de la existencia de una cultura jurídica proclive al activismo judicial y de una enérgica movilización legal y social que garantice la continua presentación de un abundante número de demandas, número sin cuya presión los jueces difícilmente se atreverían a acometer estas intervenciones. Esta justificación se denomina «explicación compleja» por cuanto pone en entredicho el aparente dominio que tendrían los jueces sobre el sentido de las decisiones que adoptan. Con arreglo a este planteamiento, si bien ellos se encuentran en condiciones de ralentizar o precipitar estos procesos, las causas primordiales que determinan la aparición de los fallos estructurales no estarían bajo su control. En consecuencia, ni aun los tribunales más activistas serían capaces de impulsar en solitario la evolución legal y social que conduce al surgimiento del amparo estructural de los derechos sin contexto que proporcionan las dos causas que acaban de ser referidas.

7. Conviene aclarar que tales causas no son las únicas que inciden en el juicio de los magistrados que emplean esta clase de remedios. Sobre ellos obra un conjunto de

factores de distinto tipo que mueve a los tribunales a respaldar o a rechazar estas intervenciones. Entre estos factores están el cálculo que realizan los magistrados sobre el impacto que estas decisiones pueden tener en su prestigio profesional; el previsible incremento en la carga de trabajo que genera el seguimiento de estos fallos; la receptividad que, según sea el caso, habrán de encontrar tales decisiones en la comunidad jurídica; la posibilidad de enfrentar un desacato de parte de las autoridades encargadas de dar cumplimiento a estas órdenes; y —¡claro está!— la orientación ideológica de los magistrados. Cada uno de estos elementos contribuye a la formación del criterio que ellos habrán de adoptar frente a los fallos estructurales; pero, por relevantes que resulten para ellos, tales causas, por sí solas, no son capaces de generar el entorno que es requerido para la aprobación de estas sentencias. Por ello se incorporan en un conjunto de «condiciones complementarias», cuya existencia simplifica u obstruye la construcción de acuerdos en torno a estas decisiones. En los ordenamientos que reúnen las dos causas referidas como determinantes de los fallos estructurales, las condiciones complementarias determinan el sentido del voto de los jueces que deben decidir, ante una violación generalizada y sistemática de derechos, la eventual realización de una intervención estructural. Así pues, para que se materialice de manera efectiva el resultado al que propende la acción conjunta de las citadas causas primordiales es necesario que las condiciones complementarias lleven a los magistrados a respaldar la ejecución de estos proyectos. De no ocurrir esto último, aunque las circunstancias jurídicas y sociales se muestren propicias para la realización de estas intervenciones, será necesario aguardar algún cambio en los factores en cuestión para que se produzca un desenlace diferente. Es por esto que, a primera vista, tales condiciones —y, entre ellas, muy especialmente la ideología que profesan los magistrados— suelen ser percibidas como las causas determinantes que desencadenan los fallos estructurales. No obstante, en esta indagación se ha acreditado que lo verdaderamente imprescindible —en tanto no depende de causas relativamente efímeras, como resulta ser la composición ideológica de un tribunal en un determinado momento— es la presencia del aludido contexto que crean las dos causas que han sido referidas.

8. Para terminar, es oportuno cerrar este apartado de conclusiones con una reflexión sobre la eficacia de los fallos estructurales. Como se ha señalado en el capítulo final de este trabajo, dicho asunto debe ser analizado desde una postura ecléctica que

aproveche las contribuciones hechas por los enfoques neorrealista y constructivista. Dicha mirada, a la que conviene el nombre de *perspectiva compleja con énfasis en la víctima*, pretende abarcar todas las consecuencias instrumentales, simbólicas e indirectas que surgen como consecuencia de estas intervenciones. La particularidad de dicha aproximación consiste en que tales efectos son examinados a la luz de la influencia real —y no meramente discursiva— que estos tienen en la vida de los ciudadanos a los que se dirigen las políticas públicas que ordenan las sentencias estructurales. En ello radica el *énfasis en la víctima* que propone este modelo, según el cual en ningún momento se debe perder de vista la situación en que esta se encuentra ni la manera como las referidas consecuencias alteran sus condiciones de existencia.

Desde esta perspectiva, se deduce que los tribunales encuentran enormes dificultades para cumplir las ambiciosas metas que se esbozan en los fallos estructurales. La ardua implementación de las órdenes emitidas en *Brown vs. Board of Education*, *Grootboom vs. The Republic of South Africa* y la sentencia T-025 de 2004 confirma que el camino que conduce a las transformaciones sociales es una vía rebotante de obstáculos y reveses. A su vez, demuestra que el éxito de tales empresas depende de la cooperación y de la voluntad política de los demás poderes públicos. Sin una genuina disposición a contribuir por parte de estos —la cual tampoco puede ser obtenida de manera forzada mediante los fallos estructurales—, estas iniciativas parecen estar destinadas al fracaso.

En suma, aunque los fallos estructurales pueden ocasionar cambios favorables para los ciudadanos en cuyo nombre se adelantan estas intervenciones, la mayoría de estos suelen ser únicamente de carácter simbólico. En otros casos, cuyo ejemplo paradigmático es el de la sentencia colombiana sobre desplazamiento forzado, provocan también cambios indirectos e instrumentales que harían pensar que las transformaciones sustanciales se encuentran aseguradas. Sin embargo, al verificar el impacto material que aquellos producen en las condiciones de vida de los ciudadanos, se observa que rara vez dichos resultados se traducen en una mejora apreciable en el goce efectivo de sus derechos. Lo anterior lleva a concluir que los tribunales cuentan con una capacidad ciertamente restringida para impulsar eficazmente las transformaciones sociales que se proyectan en estas decisiones.

9. Esta última afirmación podría ser interpretada como una exhortación dirigida a los tribunales para que se abstengan de hacer uso de las sentencias estructurales. Sin

embargo, ninguna idea —salvo aquella que pudiera llevar a un uso desaforado de estos fallos— podría estar más apartada de la conclusión a la que se ha llegado en esta investigación. En realidad, las innegables limitaciones que enfrentan los tribunales para acometer exitosamente estos proyectos ponen en evidencia el enorme riesgo que supone, para los movimientos sociales, la sobrevaloración del activismo judicial. La concentración de sus esfuerzos en la obtención de «victorias judiciales» —victorias que, según se ha dicho, tienen una eficacia material muy restringida— suele acarrear un ostensible debilitamiento de los demás medios que normalmente emplean para reclamar el cumplimiento de las Constituciones y la protección efectiva de los derechos. De tal manera, cautivados por las ventajas aparentes que proporcionaría el litigio estratégico, desisten de la movilización social y política para encomendar el triunfo de sus pretensiones a la acción de los tribunales. Tal esperanza, cuando supone el abandono de todo recurso distinto a las acciones judiciales, suele ser —según la expresión utilizada por ROSENBERG— una esperanza vana.

No obstante, cuando la aprobación de estos fallos es el resultado de estrategias de movilización social mucho más complejas que, en lugar de dar prevalencia a las acciones jurídicas, enfatizan las actuaciones de orden político, el amparo estructural puede suponer una importante contribución para la superación de los bloqueos institucionales que ocasionan estas graves violaciones de derechos.

## BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, VÍCTOR, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, n.º 6, 2010, pp. 167-182.

\_\_\_\_\_, Y COURTIS, CRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

ABRISKETA URIARTE, JOANA, «Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a Legislador» en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 2013, n.º 1, pp. 73-99.

ACKERMAN, BRUCE, «Discovering the Constitution», en *Yale Law Journal*, n.º 6, vol. 93, 1984, pp. 1014-1072.

\_\_\_\_\_, *We the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

\_\_\_\_\_, *La nueva división de poderes*, México, D. F., Fondo de cultura económica, 2007.

ADAMANY, DAVID, «Law and Society: Legitimacy, Realignment Elections, and the Supreme Court», en *Wisconsin Law Review*, 1973, pp. 780-846.

ALEINIKOFF, THOMAS, «Constitutional Law in the Age of Balancing», en *Yale Law Journal*, n.º 96, 1987.

ALEXY, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2da. Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

ALLEN, JAMES, «Bills of Rights and Judicial Power: A Liberal's Quandary», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 16, n.º 2, 1996, pp. 337-352.

ANDERSON, JOHN, *Eisenhower, Brownell, and the Congress: The Tangled Origins of the Civil Rights Bill of 1956-1957*, Alabama, University of Alabama Press, 1964.

ARAGÓN REYES, MANUEL, «La justicia constitucional en el siglo XX: balance y perspectivas en el umbral del siglo XXI», en *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México D.F., UNAM, 1998, pp. 163-203.

ARROW, KENNETH, *Social Choice and Individual Values*, 2da. Ed., New Haven, Yale University Press, 1963.

ATYIAH, P.S. Y SUMMERS, ROBERT, *Form and Substance in Anglo-American Law: A Comparative Study in Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Oxford, Oxford University Press, 1987.

AUSTIN, GRANVILLE, *The Indian Constitution: Cornerstone of A Nation: Cornerstone of A Nation*, Oxford, Clarendon Press, 1966.

\_\_\_\_\_, *Working in a Democratic Constitution: The Indian Experience*, Nueva Delhi, Oxford University Press, 2000.

BALÁZS, BRUNCZEL, *Disillusioning Modernity: Niklas Luhmann's Social and Political Theory*, Frankfurt del Meno, Peter Lang GmbH, 2010.

BARKOW, RACHEL, «More Supreme Than Court? The Fall of the Political Question Doctrine and the Rise of Judicial Supremacy», en *Columbia Law Review*, vol. 102, n.º 2, 2002, pp. 237-336.

BAYÓN MOHINO, JUAN CARLOS, «Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo», en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL Y GARCÍA JARMILLO, LEONARDO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 409-476.

BENDA, ERNESTO, «El Estado Social de Derecho», en BENDA ET AL., *Manual de derecho constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2001.

BERGER, JONATHAN, «Litigating for Social Justice in Post-Apartheid South Africa: A Focus on Health and Education», en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL (edit.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 38-99.

BERNAL PULIDO, CARLOS, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ra. Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

BICKEL, ALEXANDER, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2da. Ed., New Haven, Yale University Press, 1986.

BLANCO VALDÉS, ROBERTO, *La construcción de la libertad*, Madrid, Alianza, 2010.

BRANCH, TAYLOR, *Pating the Waters: America in the King Years 1954-1963*, Nueva York, Simon & Schuster, 1988.

BRIGHAM, JOHN, «Right, Rage, and Remedy: Forms of Law in Political Discourse», en *Studies in American Political Development*, n.º 2, pp. 303-316.

BORK, ROBERT, «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», en *Indiana Law Journal*, vol. 47, n.º 1, 1971, pp. 1-35.



BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Baden-Baden, Nomos, 1993.

BOIX PALOP, ANDRÉS, «Muerte y resurrección del acto de gobierno: a propósito de dos decisiones del Consejo de Estado francés», en *Revista de Administración Pública*, n.º 157, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 495-507.

BONILLA MALDONADO, DANIEL (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

BONTHUYS, ELSJE, «Realizing South African Children's Basic Socio-Economic Claims Against Parents and the State: What Court Can Achieve», en *International Journal of Law, Policy and the Family*, Oxford University Press, n.º 22, 2008, pp. 333-355.

BORK, ROBERT, *The Tempting of America: The Political Seduction of the Law*, Nueva York, Free Press, 1990.

BOROWSKI, MARTIN, «La restricción de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º. 59, 2000, pp. 29-56.

BOURDIEU, PIERRE, «La fuerza del derecho: elementos para una sociología del campo jurídico», en MORALES DE SETIÉN, CARLOS, *La fuerza del derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 160.

BRAKEL, JAN, «Prison Reform Litigation: Has the Revolution Gone Too Far?», en *Corrections Today*, vol. 49, 1987, pp. 160-168.

BURK, ROBERT, *The Eisenhower Administration and Black Civil Rights*, Knoxville, University of Tennessee Press, 1984.

BURSTEIN, PAUL, «Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: The Struggle for Equal Employment Opportunity», en *American Journal of Sociology*, vol. 96, n.º 5, 1991, pp. 1201-1225.

BUYSE, ANTOINE, «The Pilot Judgment Procedure at the European Court of Human Rights: Possibilities and Challenges», en *Law of Ukraine*, n.º. 3, 2013, pp. 303-317.

CAMPBELL, MICHAEL Y SCHOENFELD, HEATHER, «The Transformation of America's Penal Order: A Historicized Political Sociology of Punishment», en *American Journal of Sociology*, vol. 118, n.º 5, Marzo, 2013, pp. 1375-1423.

CANOSA USERA, RAÚL, ET AL (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

CARRÉ DE MALBERG, RAYMOND, *Teoría General del Estado*, México, UNAM y Fondo de Cultura Económica, 1998.

CARRO, JOSÉ LUIS Y FERNÁNDEZ-VALMAYOR, ADOLFO, «La doctrina del acto político: especial referencia al derecho italiano», en *Revista de administración pública*, n.º 53, 1967, pp. 73-130.

CASPER, JONATHAN, «The Supreme Court and National Policy Making», en *The American Political Science Review*, vol. 70, n.º 1, 1976, pp. 50-63.

CASSELLS, JAMIE, «Judicial Activism and Public Interest Litigation in India; Attempting the Impossible?», en *The American Journal of Comparative Law*, vol. 37, n.º 3, 1989, pp. 595-519.

CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ, «La judicialización de la política en Colombia: lo viejo y lo nuevo», en SIEDER, RACHEL, SCHJOLDEN, LINE Y ANGELL, ALAN (coord.), *La judicialización de la política en América Latina*, México, D.F., Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social: Universidad Externado de Colombia, 2011.

CERNA VILLAGRA, SARAH PATRICIA, «"YVY MARAE'Y": El conflicto del Estado con los pueblos indígenas en Paraguay», en *América Latina Hoy*, vol. 60, 2012, pp. 83-115.

COBB, ROGER Y ELDER, CHARLES, *Participation in American Politics: The Dynamics of Agenda Building*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1972.

COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006.

CRAIG, P. P. Y DESHPANDE, S.L., «Rights, Autonomy and Process: Public Interest Litigation in India», en *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 9, n.º 3, 1989, pp. 356-373.

CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES, *La lucha por el derecho. Litigio estratégico y derechos humanos*, Buenos Aires, CELS–Siglo XXI editores, 2008.

CHAIRES, JORGE, «La independencia del Poder Judicial», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 110, 2004, pp. 523-545.

CHAMBERS, DAVID. «Alternatives to Civil Commitment of the Mentally Ill: Practical Guides and Constitutional Imperatives», en *Michigan Law Review*, vol. 70, n.º 6, 1972, pp. 1107-1200.

CHAYES, ABRAM, «The Role of the Judge in Public Law Litigation», en *Harvard Law Review*. vol. 89, no. 7, 1976, pp. 1281-1316.

CHENWI, LILIAN, «Implementation of Housing Rights in South Africa: Approaches and Strategies», en *Journal of Law and Social Policy*, 2015, n.º 24, pp. 68-87.

CHOMSKY, NOAM, *Language and Mind*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1968.

\_\_\_\_\_ *Reflexiones sobre el lenguaje*, Barcelona, Ariel, 1979.

CHRISTIANSEN, ERIC, «Transformative Constitutionalism in South Africa: Creative Uses of Constitutional Court Authority to advance Substantive Justice», en *The Journal of Gender, Race & Justice*, 2010, vol. 13, n.º 575, pp. 575-614.

CLARK, MICHAEL, *Evictions and Alternative Accommodation in South Africa: An analysis of the Jurisprudence and Implications for Local Government*, Johannesburgo, Socio-Economic Rights Institute of South Africa, 2013.

COOMANS, FONS, «Reviewing Implementation of Social and Economic Rights: An Assessment of the “Reasonableness” Test as Developed by the South African Constitutional Court», en *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 65, 2005, pp. 167-196.

CORWIN, EDWARD, *The Doctrine of Judicial Review: Its Legal and Historical Basis and Other Essays*, Gloucester, Mass , P. Smith, 1963.

COSERIU, EUGENIO, *Teoría del lenguaje y lingüística general*, Madrid, Gredos, 1973.

DAHL, ROBERT, «Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker», en *Journal of Public Law*, n.º 279, 1957, pp. 279-295.

DAMSKY, ISAAC AUGUSTO, «El derecho a la vivienda en Argentina», en FERNÁNDEZ RUIZ, JORGE Y RIVERA HERNÁNDEZ, Juan (coord.), *Derecho urbanístico*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 223-259.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE COLOMBIA, *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social 2013*, Bogotá, D.C., Imprenta Nacional de Colombia, 2014.

DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *Derecho Constitucional: Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987.

DE SAUSSURE, FERDINAND, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada, 1945.

DIETER, SIMON, *La independencia del juez*, Barcelona, Ariel, 1985.

DÍEZ-PICAZO, LUÍS, «Constitución, ley, juez», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 15, 1985, pp. 9-23.

DIXON, ROSALIND, «Creating dialogue about socio-economic rights: strong vs. Weak-form judicial review revisited», en *International Journal of Constitutional Law*, julio, 2007, vol. 5, pp. 391-418.

DOWNS, ANTHONY, «Up and Down with Ecology: The Issue Attention Cycle», en *Public Interest*, vol. 32, 1972, pp. 38-50.

DWORDIN, RONALD, «Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court», en *Alberta Law Review*, vol. 27, n.º 2, 1990, pp. 324-346.

EASTERBROOK, FRANK, «Ways of Criticizing the Court», en *Harvard Law Review*, n.º 95, 1982, pp. 802-832.

EIDE, ASBJORN, KRAUSE, CATARINA Y ROSAS, ALLAN (eds.), *Economic, social and cultural rights*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1995.

ELY, JOHN HART, *Democracia y desconfianza: una teoría del control constitucional*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2001.

EPP, CHARLES, *The Rights Revolution*, Londres, University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, LEE Y KOBYLKA, JOSEPH, *The Supreme Court and Legal Change: Abortion and the Death Penalty*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1992.

EPSTEIN, LEE, LANDES, WILLIAM Y POSNER, RICHARD, *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical & Empirical Study of Rational Choice*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

ERAZO, XIMENA, PAUTASSI, LAURA Y SANTOS, ANTONIA (eds), *Exigibilidad y realización de derechos sociales: Impacto en la política pública*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 2010.

FABRE, CÉCILE, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

FAISTEIN, CAROLINA, KLETZEL, GABRIELA Y GARCÍA, PAOLA, «En busca de un remedio judicial efectivo: nuevos desafíos para la justiciabilidad de los derechos sociales», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 27-83.

FEELEY, MALCOLM, «Hollow Hopes, Flypaper and Metaphors», en *Law & Society Inquiry*, n.º 745, 1992, pp. 745-760.

\_\_\_\_\_, Y RUBIN, EDWARD, *Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

FEREJOHN, JOHN, «Judicialización de la política, politización de la ley», en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLV, n.º 184, enero-abril, 2002, pp. 13-49.

FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2001.

\_\_\_\_\_, «La esfera de lo indecible y la división de poderes», en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 1, 2008, pp. 337-343

\_\_\_\_\_, Teoría del derecho, en *Principia Iuris: Teoría del derecho y de la democracia*, vol. 1, Madrid, Trotta, 2011.

FERRERES COMELLA, VÍCTOR, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_ «El control judicial de la constitucionalidad de la ley: El problema de su legitimidad democrática», en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL Y GARCÍA JARMILLO, LEONARDO (eds.), *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 477-504.

FRANK, JEROME, *Law and the Modern Mind*, Nueva York, Coward-McCann, 1949.

FRIEDMAN, BARRY, «The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part One: The Road to Judicial Supremacy», en *New York University Law Review*, n.º 73, 1998, pp. 333-433.

FRIEDMAN, LAWRENCE, *The Legal System: A Social Science Perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975.

\_\_\_\_\_ «The Concept of Legal Culture: A Reply», en NELKEN, DAVID (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Bookfield, Dartmouth Publishing Company, 1997, pp. 33-40.

\_\_\_\_\_ «The Place of Legal Culture in the Sociology of Law», en FREEMAN, MICHAEL (ed.), *Law and Sociology*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 185-209.

GABEL, PETER, «Symposium: A Critique of Rights: The Phenomenology or Rights-Consciousness and the Pact of the Withdrawn Selves», en *Texas Law Review*, 1984, n.º 62, pp. 1563-1598.

GALANTER, MARC, «Why the *Haves* Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change» en *Law & Society Review*, vol. 9, n.º 1, 1974, pp. 95-160.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

\_\_\_\_\_ *Democracia, jueces y control de la administración*, Madrid, Cívitas, 1995.

\_\_\_\_\_ *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas Ediciones, 1998.

GARCÍA-PELAYO, MANUEL, *Las funciones de los modernos parlamentos bicamerales*, Caracas, Ediciones del Congreso de la República de Venezuela, 1971.

\_\_\_\_\_ *Las transformaciones del Estado constitucional*, Madrid, Alianza Universitaria, 1995.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (Ed.) *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005.

\_\_\_\_\_*La eficacia simbólica del derecho: Sociología política del campo jurídico en América Latina*, 2a. ed., Bogotá, IEPRI, Debate, 2014.

GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996

\_\_\_\_\_(comp.), *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2014.

\_\_\_\_\_*«La democracia frente a los crímenes masivos: Una reflexión a la luz del caso Gelman»*, en *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 2, Buenos Aires, pp. 2-15.

\_\_\_\_\_*«¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?»*, en ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO (Coord.), *Filosofía de la democracia: fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2007.

GARLICKI, LECH, «Broniowski and After: On the Dual Nature of “Pilot Judgments”», en CAFLISCH, LUCIUS et al. (ed.), *Liber Amicorum Luzius Wildhaber: Human Rights-Strasbourg Views*, Colonia, N.P. Engel, 2007, pp. 177-192.

GARRIDO CUENCA, NURIA, *El acto de gobierno: un análisis de los ordenamientos francés y español*, Barcelona, Cedecs, 1998.

GARROW, DAVID, *Bearing the Cross: Martin Luther King, Jr., and the Southern Christian Leadership Conference*, Nueva York, Morrow, 1986.

GARZÓN VALDÉS, ERNESTO, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GAURI, VARUN (ed.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

\_\_\_\_\_*Y BRINKS, DANIEL, «Introduction: The Elements of Legalization and the Triangular Shape of Social and Economic Rights»*, en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL, (eds.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

GELFAND, DAVID, «The Burger Court and the New Federalism: Preliminary Reflections on the Roles of Local Government Actors in the Political Dramas of the 1980's», en *Boston College Law Review*, vol. 21, n.º 4, 1980, pp. 763-850.

GOLDBLATT, BETH Y LIEBENBERG, SANDRA, «Giving Money to Children: The Constitutional Obligations to Provide Child Support Grants to Child Headed Households», en *South African Journal on Human Rights*, 2004, vol. 20, pp. 151-164.

GÓMEZ, LUIS, *El juez de las políticas públicas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2012.

GÓMEZ ISA, FELIPE, *El caso Awas Tingni contra Nicaragua: Nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*, San Sebastián, Universidad de Deusto, 2003.

GROSSMAN, JOEL, «Political Questions», en HALL, KERMIT (edit.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, 2da ed., Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 651-653.

GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999.

GUILLEROT, JULIE, *Reparaciones con perspectiva de género*, México, D.F., Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009.

GUTIÉRREZ BELTRÁN, ANDRÉS, «Tendencia actual de amparo en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 24, 2010, pp. 81-103.

HÄBERLE, PETER, «El concepto de los derechos constitucionales», en SAUCA, JOSÉ (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

HABERMAS, JÜRGEN, *La inclusión del otro: Estudios de teoría política*, Barcelona, Editorial Paidós, 1999.

HAIDER, DOMINIK, *The Pilot—Judgment Procedure of the European Court of Human Rights*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

HALL, KERMIT, «Prisons and Jails», en HALL, Kermit (edit.), *The Oxford Companion to American Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2002, pp. 629-637.

HAMILTON, ALEXANDER, MADISON, JAMES Y JAY, JOHN, *El Federalista*, México D.F., Fondo de Cultura Económica, 1994.

HARGUINDÉGUY, JEAN-BAPTISTE, *Análisis de las políticas públicas*, Madrid, Tecnos, 2013.

HARRIS, DOUGLAS Y LONCE, BAILEY, *The Democratic Party: Documents Decoded*, Santa Barbara, ABC-CLIO, 2014.

HART, HERBERT, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2004.

HECLO, HUGH, «Policy Analysis», en *British Journal of Political Science*, n.º 12, 1972, pp. 83-108.

HENKIN, LOUIS, «Is There a Political Question Doctrine?», en *The Yale Law Journal*, vol. 85, n.º 5, 1976, pp. 597-625.

HILGARTNER, STEPHEN Y BOSK, CHARLES, «The Rise and Fall of Social Problems: A Public Arena Model», en *American Journal of Sociology*, vol. 94, n.º 1, 1988, pp. 53-78.

HIRSCHL, RAN, «The Political Origins of Judicial Empowerment Through Constitutionalization: Lessons from Four Constitutional Revolutions», en *Law and Social Inquiry*, vol. 25, n.º 1, 2000, pp. 91-149.

\_\_\_\_\_, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2007.

\_\_\_\_\_, «The Judicialization of Politics», en WHITTINTON, KEITH, KELEMEN, DANIEL Y CALDEIRA, GREGORY (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Nueva York, Oxford University Press, 2008.

HOGG, PETER Y BUSHELL, ALISON, «El diálogo de la Carta entre los tribunales y las Legislaturas: o quizá la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo», en GARGARELLA, ROBERTO, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2014.

HOLLADAY, ZACHARY, «Public Interest Litigation in India as a Paradigm for Developing Nations», en *Indian Journal of Global Legal Studies*, vol. 19, n.º 2, 2012, pp. 555-573.

HOLLAND, KENNETH (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, Nueva York, St. Martin's Press, 1991.

HOOF, G.J.H. VAN, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en ALSTON, PHILIP Y TOMASEVSKI, KATARINA (eds), *The Right to food*, Boston, Stichting Studie, en Informatiecentrum Mensenrechten, 1984.

HORN, NICO, «Interpreting the Constitution: Is Transformative Constitutionalism a Bridge Too Far?», en *University of Namibia Law Review*, vol. 2, n.º 1, 2014, pp. 1-24.

JACKSON, VICKI, «Constitutional Law in an Age of Proportionality» en *The Yale Law Journal*, n.º 124, 2015, pp. 3095-3193.

JELLINEK, GEORG, *Teoría General del Estado*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2002.

Julio Estrada, Alexei, *Las ramas ejecutiva y judicial del poder público en la Constitución colombiana de 1991*, Bogotá, D.C., Universidad Externado de Colombia, 2003.

KELSEN, HANS, *De la esencia y valor de la democracia*, Oviedo, KRK Ediciones, 2006.

KENNEDY, DUNCAN, *A Critique of Adjudication (Fin de Siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.



\_\_\_\_\_. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005.

KING, MARTIN LUTHER, *Stride Toward Freedom: The Montgomery Story*, Nueva York, Harper, 1958.

KLARE, KARL, «Legal Culture and Transformative Constitutionalism», en *South African Journal on Human Rights*, n.º 14, 1998, pp. 165-193.

KLARMAN, MICHAEL, «Brown, Racial Change and the Civil Rights Movement», en *Virginia Law Review*, vol. 80, n.º 1, 1994, pp. 7-150.

KLUGER, RICHARD, *Simple Justice*, Nueva York, Knopf, 1976.

KNNOEPFEL, PETER ET AL., *Public Policy Analysis*, Bristol, Policy Press, 2007.

KYMLICKA, WILL, *Ciudadanía multicultural*, Madrid, Espasa, 1996.

LAMBERT ABDELGAWAD, ELISABETH, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la técnica de las sentencias piloto: una pequeña revolución en marcha en Estrasburgo», en *Revista de Derecho Político*, n.º 69, UNED, 2007, pp. 355-383.

LANGFORD, MALCOLM, «Housing Rights Litigation: *Grootboom* and Beyond», en LANGFORD, MALCOLM ET AL. (eds.), *Socio-Economic Rights in South Africa: Symbols or Substance?*, Cambridge University Press, 2008, pp. 187-225.

\_\_\_\_\_. (ed.), *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013.

LANDAU, DAVID, «Instituciones políticas y función judicial en derecho constitucional comparado», en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, n.º 24, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 13-83.

LANGA, PIUS, «Transformative Constitutionalism», en *Stellenbosch Law Review*, 2006, vol. 17, n.º 3, pp. 351-360.

LASSWELL, HAROLD, *Power and Personality*, Nueva York, Norton Company, 1948.

LAWSON, STEVEN, *Black Ballots: Voting Rights in the South*, Nueva York, Columbia University Press, 1976.

LEACH, PHILIP, HARDMAN, HELEN Y STEPHENSON, SVETLANA, «Can the European Court's Pilot Judgment Procedure Help Resolve Systematic Human Rights Violations?: Burdov and the Failure to Implement Domestic Court Decisions in Russia», en *Human Rights Law Review*, 2010, vol. 2, n.º 10, pp. 346-359.

LIEBENBERG, SANDRA, *Socio-Economic Rights: Adjudication Under a Transformative Constitution*, Claremont, Juta and Company Ltd, 2010.

LINARES, SEBASTIÁN, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

LINDBLOM, CHARLES, «The Science of Muddling Through», en *Public Administration Review*, vol. 19, pp. 79-88.

\_\_\_\_\_ «Still Muddling, not yet through», en *Public Administration Review* en vol. 39, pp. 517-526.

LONDOÑO LÁZARO, MARÍA, *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho internacional y cambios estructurales del Estado*, México D.F., Tirant Lo Blanch, 2014.

LÓPEZ CALERA, NICOLÁS, *¿Hay derechos colectivos?, individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Madrid, Ariel, 2000.

LOVERA PARMO, DOMINGO, «Políticas públicas y derechos sociales: En busca de un lugar adecuado para las cortes», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 285-332.

LOWENSTEIN, KARL, *Teoría de la Constitución*, 2da. Ed., Barcelona, Ariel, 1976.

LUHMANN, NIKLAS, *La sociedad de la sociedad*, Barcelona, Herder, 2009.

MADISON, JAMES, *The Papers of James Madison*, vol. XI, Charlottesville, University Press of Virginia, 1977.

MANGABEIRA, ROBERTO, «The Crititcal Legal Studies Movement», en *Harvard Law Review*, vol. 96, n.º 3, 1983, pp. 561-675.

MARABLE, MANNING, *Race, Reform, and Rebellion: The Second Reconstruction and Beyond in Black America*, 3ra. Ed, Jackson, University Press of Mississippi, 2007.

MARCUS, GILBERT Y BUDLENDER, STEVEN, *A Strategic Evaluation of Public Interest Litigation in South Africa*, Johannesburg, The Atlantic Philantropies, 2008

MARTÍNEZ, JESÚS, «La imaginación constitucional», en PECES-BARBA, GREGORIO Y RAMIRO, MIGUEL (coord.), *La Constitución a examen: un estudio académico 25 años después*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 155-180.

MARSHALL, THOMAS, *Ciudadanía y clase social*, Madrid, Alianza, 1998.

MBAZIRA, CHRISTOPHER, «Non-implementation of Court Orders in Socio-Economic Rights Litigation in South Africa», en *Economic and Social Rights Review*, Vol. 9, n.º 4, pp. 2-7.

MCCANN, MICHAEL, *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994.

MCLEAN, KIRSTY, «The Interpretation and Enforcement of Socio-Economic Rights», en *Constitutional Deference, Courts and Socio-Economic Rights in South Africa*, Ciudad del Cabo, Pretoria University Law Press, 2009, pp. 171-204.

MERRY, SALLY, «What is Legal Culture? An Anthropological Perspective», en NELKEN, DAVID, *Using Legal Culture*, Londres, Wildy, Simmonds and Hill, 2012, pp. 52-76.

MICHAELS, RALPH, «Legal Culture», en BASEDOW, HOPT, ZIMMERMANN (eds.), *Oxford Handbook of European Private Law*, Oxford University Press, en prensa.

MINOW, MARTHA, «Law Turning Outward», en *Telos*, n.º 73, 1986, pp. 79-100.

MONAGHAN, HENRY, «Our Perfect Consitution», en *New York University Law Review*, vol. 56, 1986, pp. 353-396.

MURALIDHAR, S., «India: Las expectativas y los retos del cumplimiento judicial de los derechos sociales», en LANGFORD, MALCOLM, *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales: Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2013, pp. 181-210.

NAGEL, ROBERT, «Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies», en *Stanford Law Review*, vol. 30, n.º 4, 1978, pp. 661-724.

NELKEN, DAVID, «The Gap Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review», en *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 1, n.º 35, 1981, pp. 35-61.

\_\_\_\_\_ «Thinking About Legal Culture», en *Asian Journal of Law and Society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 1-20.

NEMACHECK, CHRISTINE, «Selecting Justice: Strategy and Uncertainty in Choosing Supreme Court Nominees», en MCGUIRE, KEVIN (ed.), *New directions in Judicial Politics*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 3-20.

NGCOBO, SANDILE, «South Africa's Transformative Constitution: Towards an Appropriate Doctrine of Separation of Powers», en *Stellenbosch Law Review*, Johannesburg, vol. 22, 2011, pp. 37-49.

NINO, CARLOS SANTIAGO, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_ «A Philosophical Reconstruction of Judicial Review», en *Cardozo Law Review*, vol. 14, n.º 3-4, enero, 1993, pp. 799-846.

O'DONNELL, GUILLERMO, «Acerca de Varias Accountabilities y sus Interrelaciones», en MCCUBBINS, MATHEW Y SCHWARTZ, *Controlando la Política: Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias*, Buenos Aires, Editorial Temas, 2002.

OLIVER, HOLMES, «The Path of the Law», en *Harvard Law Review*, vol. 10, n.º 8, 1897, pp. 457-478.

O'REILLY, JOSEPH Y SALES, BRUCE, «Privacy for the Institutionalized Mentally Ill: Are Court-Ordered Standards Effective?», en *Law and Human Behavior*, vol. 11, n.º 1, 1987, pp. 41-53.

OSBORNE, RAQUEL, «Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad», en *Papers: Revista de sociología*, n.º 53, 1997, pp. 65-76;

\_\_\_\_\_ «¿Son las mujeres una minoría? », en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, n.º 14, 1996, pp. 79-93.

OSPINA, WILLIAM, «La cultura en tiempos de penuria», en *El dibujo secreto de América Latina*, Bogotá, D.C., Penguin Random House, 2014.

OSUNA PATIÑO, NÉSTOR IVÁN, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_ «Las sentencias estructurales: tres ejemplos de Colombia», en BAZÁN, VÍCTOR, *Justicia constitucional y derechos fundamentales: la protección de los derechos sociales, las sentencias estructurales*, Bogotá, D.C., Fundación Konrad Adenauer, 2015, pp. 91-116.

PATTERSON, JAMES, *Brown vs. Board of Education: A Civil Rights Milestone and its Troubled Legacy*, Nueva York, Oxford University Press, 2001.

PECES-BARBA, GREGORIO, «Los derechos colectivos», en ANSUÁTEGUI ROIG, FRANCISCO JAVIER (ed.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001.

PÉREZ MURCIA, LUÍS, UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*, Bogotá, Dejusticia, 2007.

PERRY, H.W., *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court*, Cambridge, Harvard University Press, 1991.

PERUZZOTI, ENRIQUE Y SMULOVITZ, CATALINA (eds.), *Enforcing the Rule of Law: Social Accountability in the New Latin American Democracies*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2006.

PIETERSE, MARIUS, «Eating Socioeconomic Rights: The Usefulness of Rights Talk in Alleviating Social Hardship Revisited», en *Human Rights Quarterly*, Vol. 29, n.º 3, pp. 796-822.

PILLAY, ANASHRI, «Reviewing Reasonableness: An Appropriate Standard for Evaluating State Action and Inaction? », in *South African Law Journal*, vol. 122, 2005, pp. 419-440.

PILLAY, KAMESHNI, «Implementing *Grootboom*: Supervision Needed», en *Economic and Social Rights Review*, vol. 3, n.º 1, pp. 13-14.

POPOVIĆ, DRAGOLJUB, «Pilot Judgments of the ECtHR» en COUNCIL OF EUROPE/STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS (ed.), *Reforming the European Convention on Human Rights: A Work in Progress*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2009.

POUND, ROSCOE, «Law in Books and Law in Action», en *American Law Review*, n.º 44, vol. 12, 1910, pp. 12-36.

PRZEWORSKI, ADAM, STOKES, SUSAN Y MANIN, BERNARD, *Democracy, accountability, and representation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

REBELL, MICHAEL, *Courts and Kids: Pursuing Educational Equity Through the State Courts*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

\_\_\_\_\_ Y BLOCK, ARTHUR, *Educational Policy Making and the Courts: An Empirical Study of Judicial Activism*, Chicago, University of Chicago Press, 1982.

RIKER, WILLIAM, *Liberalism Against Populism*, San Francisco, W.H. Freeman, 1982.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad», en CEPEDA ESPINOSA, JOSÉ, JARAMILLO SIERRA, ISABEL Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Observatorio de Justicia Constitucional: La Corte Constitucional, el año de la consolidación*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1998, pp. 257-290.

\_\_\_\_\_ «Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces: los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial», en KENNEDY, DUNCAN, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2005, pp. 19-88.

\_\_\_\_\_ *La globalización del Estado de Derecho*, Bogotá, D.C., Universidad de los Andes, 2009.

\_\_\_\_\_ «La judicialización de la salud: Síntomas, diagnóstico y prescripciones», en BERNAL ACEVEDO, ÓSCAR Y GUTIÉRREZ SOURDIS, CATALINA (comp.), *La salud en Colombia: Logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012, pp. 507-560.

\_\_\_\_\_ Y RODRÍGUEZ FRANCO, DIANA, «Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 83-154.

\_\_\_\_\_ *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

\_\_\_\_\_ *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2015.

RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA, «Diez tesis sobre la titularidad de los derechos humanos», en *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 271-286.

ROSENBERG, GERALD, *The Hollow Hope: Can Courts Bring About Social Change?*, 2da Ed., Londres, University of Chicago Press, 2008.

ROUX, THEUNIS, «Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference?», en *Stellenbosch Law Review*, vol. 20, n.º 2, pp. 258-285.

RUBIN, EDWARD, «The Real Formalists, the Real Realists, and What They Tell Us about Judicial Decision and Legal Education», en *Michigan Law Review*, vol. 109, n.º 863, 2011, pp. 863-882.

RUBIO-MARÍN, RUTH, «The Gender of Reparations: Setting the Agenda», en RUBIO-MARÍN, RUTH (ed.), *What Happened to the Women? Gender and Reparations for Human Rights Violations*, Nueva York, Social Sciences Research Council, 2006, pp. 20-48.

SALAZAR UGARTE, PEDRO, «El constitucionalismo latinoamericano ante el paradigma neoconstitucionalista: retos desde la realidad política a una teoría progresista», en *Revista Internacional de Filosofía Política*, n.º 34, 2009, pp. 181-191.

\_\_\_\_\_, *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos Latinoamericanos*, Fontamara, México, 2013.

SABEL, CHARLES Y SIMON, WILLIAM, «Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds», en *Harvard Law Review*, vol. 117, n.º 4, 2004, pp. 1016-1101.

SAGER, LAWRENCE, *Juez y democracia: Una teoría de la práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2004.

SAINATI, TATIANA, «Human Rights Class Actions: Rethinking the Pilot—Judgment Procedure at the European Court of Human Rights», en *Harvard International Law Journal*, vol. 56, n.º 1, 2015, pp. 147-205.

SALVIOLI, FABIÁN Y ZANGHI, CLAUDIO (coord.), *Jurisprudencia regional comparada de derechos humanos: el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, D.C., ILSA, Universidad Nacional de Colombia, 1998.

\_\_\_\_\_, *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social: Encuentros en Buenos Aires*, Buenos Aires, CLACSO, 2006.

\_\_\_\_\_, Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, *El derecho y la globalización desde abajo: Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona, Anthropos, 2007.

SARAT, AUSTIN, «Legal Effectiveness and Social Studies of Law: On the Unfortunate Persistence of a Research Tradition», en *Legal Studies Forum*, vol. 9, n.º 1, 1985, pp. 34-69.

SARTORI, GIOVANNI, *¿Qué es la democracia?*, Madrid, Taurus, 2007.

SCALIA, ANTONIN, «Originalism: The Lesser Evil», en *Cincinnati Law Review*, vol. 57, 1989, pp. 849-866.

SCHEINGOLD, STUART, *The Politics of Rights: Lawyers, Public Policy and Political Change*, Lansing, The University of Michigan Press, 2011.

SCHUBERT, GLENDON, *Quantitative Analysis of Judicial Behavior*, Illinois, The Free Press, 1959.

\_\_\_\_\_ *The Judicial Mind Revisited*, Nueva York, Oxford University Press, 1964.

SCHWARTZ, BERNARD, *The Warren Court: A Retrospective*, Nueva York, Oxford University Press, 1996.

SCOTT, LECKIE, «Another Step Towards Indivisibility: Identifying the Key Features of Violations of Economic, Social and Cultural Rights», en *Human Rights Quarterly*, vol. 20, n.º 1, 1998, pp. 81-124.

SEEKINGS, JEREMY ET AL., *The Social Consequences of Establishing 'Mixed' Neighbourhoods*, Ciudad del Cabo, University of Cape Town Press, 2010.

SEGAL, JEFFREY Y SPAETH, HAROLD, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

SIERRA, GRENFIETH, *El juez constitucional: un actor regulador de las políticas públicas. El caso de la descentralización en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

SIMON, HERBERT, *Administrative Behavior: A Study of Decision-Making Processes in Administrative Organizations*, Nueva York, The Free Press, 1947.

SHANKAR, SHYLASHRI, «The Embedded Negotiators: India's Higher Judiciary and Socioeconomic Rights», en BONILLA MALDONADO, DANIEL (ed.), *Constitutionalism of the Global South: The Activist Tribunals of India, South Africa, and Colombia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 95-128.

SHANKAR, SHYLASHRI Y MEHTA, PRATAP, «Courts and Socioeconomic Rights in India», en GAURI, VARUN Y BRINKS, DANIEL (edit.), *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 146-182.

SMITH, CHRISTOPHER Y NELSON, CHRISTOPHER, «Perceptions of the Consequences of the Prison Litigation Reform Act: A Comparison of State Attorneys General and

Federal District Judges» en *The Justice System Journal*, vol. 23, n.º 3, 2002, pp. 295-316.

SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, «Sobre el principio de la separación de poderes», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n.º 24, 1981, pp. 215-234.

SOTELO, IGNACIO, *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Trotta, 2010.

SPAETH, HAROLD, *An introduction to Supreme Court Decision Making*, San Francisco, Chandler Pub. Co., 1972.

STEIN, PETER, *Legal Evolution: The Story of an Idea*, Nueva York, Cambridge University Press, 1980.

STERNBERG, JONATHAN, «Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court», en *The Journal of Supreme Court History*, vol. 33, marzo, pp. 1-16.

STURM, SUSAN, «Resolving the Remedial Dilemma: Strategies of Judicial Intervention in Prisons», en *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 138, n.º 3, pp. 805-912, p. 815 y ss.

TAGGART, WILLIAM, «Redefining the Power of the Federal Judiciary: The Impact of Court-Ordered Prison Reform on State Expenditures for Corrections», en *Law and Society Review*, vol. 23, n.º 2, 1989, pp. 241-272.

TARELLO, GIOVANNI, *Cultura jurídica y política del derecho*, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1995.

THOENIG, JEAN-CLAUDE, «Política pública y acción pública», en *Gestión y política pública*, vol. 1, n.º 1, 1997, pp. 19-37.

\_\_\_\_\_ Y MENY, YVES, *Las políticas públicas*, Madrid, Ariel, 1992.

TIROCH, KATRIN Y TAPIA OLIVARES, LUIS, «La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la protección transnacional de la mujer: Análisis de la sentencia González y otras vs. México (Campo Algodonero)», en VON BOGDANDY, ARMIN, FERRER MAC-GREGOR, EDUARDO Y MORALES ANONIAZZI, MARIELA (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Heidelberg, México, 2010, tomo II, pp. 497-531.

TISSINGTON, KATE, *A Resource Guide to Housing in South Africa: 1994-2010: Legislation, Policy, Programmes and Practice*, Johannesburg, Socio-Economic Rights Institute of South Africa, 2011.

TRUBEK, DAVID, «Where the Action is: Critical Legal Studies and Empiricism», en *Stanford Law Review*, 1984, vol. 36, N.º ½, pp. 575-622.



TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, «Constitución», EN DÍAZ GARCÍA, ELÍAS Y RUIZ MIGUEL, ALFONSO (eds.), *Filosofía política II: Teoría del Estado. Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, vol. 10, Madrid, Trotta, 1996.

TURNER, WILLIAM, «When Prisoners Sue: A Study of Prisoner Section 1983 Suits in the Federal Courts», en *Harvard Law Review*, vol. 92, n.º 3, 1979, pp. 610-663.

TUSHNET, MARK, *The NAACP's Legal Strategy Against Segregated Education: 1925-1950*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1987.

\_\_\_\_\_ «Ensayo sobre los derechos», en GARCÍA VILLEGAS, Mauricio (ed.), *Sociología jurídica: Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1984, pp. 111-160.

\_\_\_\_\_ *The Warren Court in Historical and Political Perspective*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1993.

\_\_\_\_\_ «New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights-and Democracy- Based Worries», en *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003, pp. 813-838.

\_\_\_\_\_ «Critical Legal Studies: A Political History», en *The Yale Law Journal*, vol. 100, n.º 5, 1991, pp. 1515-1544.

ULMER, SIDNEY, «The Analysis of Behavior Patterns on the United States Supreme Court», en *The Journal of Politics*, vol. 22, n.º 4, 1960, pp. 629-653

UNGER, ROBERTO, *False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy*, Londres, Verso, 1987.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y SÁNCHEZ LEÓN, CAMILO, «Juzgar y medir: el uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana», en ABRAMOVICH, VÍCTOR Y PAUTASSI, LAURA (comp.), *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010, pp. 295-328.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR, «Constitución, modelo económico y políticas públicas: una propuesta de integración a propósito del debate sobre el derecho a la educación en Colombia», en ARCIDIÁCONO, PILAR, ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS Y RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coords.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2010, pp. 237-285.

VAN HOFF, FRIED, «The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: a Rebuttal of Some Traditional Views», en ALSTON, PHILIP Y TOMASEVSKI, KATARINA (eds.), *The right to food*, Boston, Stichting Studie, en Informatiecentrum Mensenrechten, 1984, pp. 97-111.

VILE, M.J.C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 247-267.

VILLAR BORDA, LUIS, «Estado de derecho y Estado social de derecho», en *Revista Derecho del Estado*, n.º 20, 2007, pp. 73-96.

WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdo*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

WHITMAN, JAMES, *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era: Historical Vision and Legal Change*, Princeton, Princeton University Press, 1990.

WILSON, STUART, «Breaking the Tie: Evictions From Private Land, Homelessness and a New Normality», en *South African Law Journal*, 2009, n.º 2, pp. 270-290.

YACKLE, L., *Reform and Regret: The Story of Federal Judicial Involvement in the Alabama Prison System*, Nueva York, Oxford University Press, 1989.

ZEMANS, FRANCES, «Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System», en *The American Political Science Review*, vol. 77, n.º 3, 1983, pp. 690-703.

## RECURSOS ELECTRÓNICOS

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, *Tendencias Globales: Desplazamiento forzado en 2014*. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/10072.pdf?view=1>

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II.129. DOC. 4, 7 de septiembre de 2007. Recuperado el día 20 de junio de 2015. Texto disponible para consulta en <http://www.cidh.org/pdf%20files/ACCESO%20A%20LA%20JUSTICIA%20DESC.pdf>

COMISIÓN DE SEGUIMIENTO A LA POLÍTICA PÚBLICA SOBRE DESPLAZAMIENTO FORZADO, *Tercer informe de verificación sobre el cumplimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento*, Bogotá, diciembre de 2010, p. 65. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://memoriaydignidad.org/memoriaydignidad/images/tierras-enero-2012/documentos-relacionados-tierras/despojo-restitucion-retorno/47-III-Informe-de-Verificacion-CS-dic-910.pdf>

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación general 3: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, 5º período de sesiones, 1990. Recuperado el día 24 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <https://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm>

\_\_\_\_\_, *Observación general número 4: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, adoptada el 12 de diciembre de 1991. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <http://www2.ohchr.org/english/>.

\_\_\_\_\_ *Observación General Número 7: El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados*, aprobada durante el XVI período de sesiones, 1997. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-7-derecho-una-vivienda-adecuada>

\_\_\_\_\_ *Observación General 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22º período de sesiones, 2000. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=en)

COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA, *Resolution Res(2004)3 of the Committee of Ministers on Judgments Revealing an Underlying Systemic Problem*, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114ª. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190)

\_\_\_\_\_ *Recommendation Rec(2004)6 of the Committee of Ministers to Member States on the Improvement of Domestic Remedies*, adoptada el 12 de mayo de 2004 en la sesión 114ª. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec\(2004\)6&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&direct=true](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=Rec(2004)6&Sector=secCM&Language=lanEnglish&Ver=original&direct=true)

CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Documento 3400 de 2005. Metas y priorización de recursos presupuestales para atender a la población desplazada por la violencia en Colombia. Recuperado el día 17 de julio de 2013. El documento está disponible para consulta en: <https://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=u—s8Vi5uj8E%3D&tabid=1080>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Informe sobre los recursos asignados y ejecutados en el marco de la política pública dirigida a la población víctima del desplazamiento forzado – Respuesta a la Orden 5ª del Auto 219 de 2011*, Bogotá, 28 de febrero de 2014. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Vctimas/Informe%20Orden5a%20Auto%202019%20-%202013-2014.pdf>

\_\_\_\_\_ *Informe presupuestal de la política pública dirigida a la Población víctima del desplazamiento forzado 2015-2016: Orden 5ª del Auto 219 de 2011*, Bogotá, 1 de marzo de 2016. Recuperado el día 29 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Politica%20de%20Vctimas/Informe%20Orden5a%20Auto%202019%20-%202015-2016.pdf>

DEPARTAMENTO NACIONAL DE VIVIENDA DE LA REPÚBLICA DE SUDÁFRICA, «Breaking New Ground: A Comprehensive Plan for the Development of Sustainable Human Settlements», 2004. Documento electrónico revisado el 22 de septiembre de 2015, disponible para consulta en [http://abahlali.org/files/Breaking%20new%20ground%20New\\_Housing\\_Plan\\_Cabinet\\_approved\\_version.pdf](http://abahlali.org/files/Breaking%20new%20ground%20New_Housing_Plan_Cabinet_approved_version.pdf)

\_\_\_\_\_ «South Africa: Millennium Development Goals Mid-Term Country Report», septiembre de 2007. Documento electrónico revisado el 22 de septiembre de 2015, disponible para consulta en [http://www.govs.za/sites/www.govs.za/files/mdg\\_midterm\\_0.pdf](http://www.govs.za/sites/www.govs.za/files/mdg_midterm_0.pdf)

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Analysis of Statistics 2015*, enero de 2016. Recuperado el día 3 de febrero de 2016. El documento está disponible para consulta en [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2015\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2015_ENG.pdf).

FARHA, LEILANI, *Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context*, sesión vigésima octava del Concejo de Derechos Humanos, 14 de diciembre de 2014. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/Housing/Pages/HousingIndex.aspx>

HOGG, PETER Y BUSHELL, ALISON, «The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures», en *Canada Watch*, septiembre – octubre, 2000, vol. 8, nos. 1-3. Recuperado el día 18 de febrero de 2014. El documento está disponible para consulta en: [http://robarts.info.yorku.ca/files/2012/03/cw\\_8\\_1-3.pdf](http://robarts.info.yorku.ca/files/2012/03/cw_8_1-3.pdf)

INSTITUTO INTERNACIONAL DE INVESTIGACIÓN SOBRE POLÍTICAS ALIMENTARIAS, 2013 *Global Hunger Index, The Challenge of Hunger: Building Resilience to Achieve Food and Nutrition Security*. Recuperado el día 7 de marzo de 2014. El documento se encuentra disponible para consulta en <http://content.yudu.com/Library/A2hw34/2013GlobalHungerIndex/resources/index.htm?referrerUrl=http%3A%2F%2Fwww.ifpri.org%2Fpublication%2F2013—global—hunger—index>

\_\_\_\_\_ *2015 Global Hunger Index: Armed Conflict and the Challenge of Hunger*. Recuperado el día 1 de febrero de 2016. El documento se encuentra disponible para consulta en <http://www.ifpri.org/publication/2015-global-hunger-index-armed-conflict-and-challenge-hunger>

KLETZEL, GABRIELA Y ROYO, LAURA, «Una experiencia de exigibilidad jurídica y política del derecho a la vivienda: el caso de los vecinos de Villa la Dulce», Buenos Aires, CELS, junio de 2008. Recuperado el día 18 de febrero de 2014. Texto disponible para consulta en [http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion\\_ladulce.pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/sistematizacion_ladulce.pdf)

KOTHARI, MILOON, *Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-Discrimination in this Context: Mission to South Africa*, 7ma. Sesión del Consejo de

Derechos Humanos, 29 de febrero de 2008. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en <http://www.refworld.org/docid/47d55d3f2.html>

NATIONAL TREASURY OF THE REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, «CHAPTER 6: HUMAN SETTLEMENTS», EN *Provincial Budgets and Expenditure Review 2005/2006 – 2011/2012*, Septiembre de 2009, p. 96. Recuperado el día 26 de mayo de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.treasury.gov.za/publications/igfr/2015/prov/06.%20Chapter%206%20-%20Human%20Settlements.pdf>

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Guidelines for Medico-Legal Care for Victims of Sexual Violence*, Ginebra, 2003. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/42788/1/924154628X.pdf>

OSNOS, EVAN, «The Death of Antonin Scalia», en *The New Yorker*, publicado el 13 de febrero de 2016. Recuperado el día 16 de febrero de 2016. El documento está disponible para consulta en <http://www.newyorker.com/news/news-desk/the-death-of-antonin-scalia>

REGISTRY OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Annual Report 2014*, Estrasburgo, 2015, p. 163. Recuperado el día 2 de octubre de 2015. El documento está disponible para consulta en [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_Report\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_Report_2014_ENG.pdf)

STEERING COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS, *Guaranteeing the Long-Term Effectiveness of the European Court of Human Rights: Implementation of the Declaration Adopted at its 112th Session (14-15 May 2003)*, Interim Activity Report. Recuperado el día 22 de mayo de 2016. Texto disponible para consulta en [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/reformcollectedtexts\\_e.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/Publications/reformcollectedtexts_e.pdf)

UNAIDS, Report on the Global AIDS Epidemic, Annex 2: HIV/AIDS Estimates and Data, 2005. Recuperado el día 31 de octubre de 2013. El documento está disponible para consulta en <http://www.unaids.org>

## **SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH del 28 de julio de 1999, demanda número 34884/97, asunto *Botazzi vs. Italia*.

STEDH del 22 de junio de 2004, demanda número 31443/96, asunto *Broniowski vs. Polonia*.

STEDH del 28 de septiembre de 2005 (acuerdo amistoso), demanda número 31443/96, asunto *Broniowski vs. Polonia*.

STEDH del 29 de marzo de 2006, demanda número 36813/06, asunto *Scordino vs. Italia*.

STEDH del 8 de junio de 2006, demanda número 75529/01, asunto *Sümerli vs. Alemania*.

STEDH del 19 de junio de 2006, demanda número 35014/97, asunto *Hutten-Czapska vs. Polonia*.

STEDH del 23 de septiembre de 2008, demanda número 50425/99, asunto *E.G. vs. Polonia*.

STEDH del 15 de enero de 2009, demanda número 33509/04, asunto *Burdov vs. Rusia* (n.º 2).

STEDH del 8 de julio de 2009, demanda número 476/07 et seq., asunto *Olaru y Otros vs. Moldavia*.

STEDH del 3 de noviembre de 2009, demanda número 27912/02, asunto *Suljagic vs. Bosnia y Herzegovina*.

STEDH del 12 de octubre de 2010, aplicaciones número 30767/05 y 33800/06, asunto *Maria Atanasiu y Otros vs. Rumania*.

STEDH del 23 de noviembre de 2010, aplicaciones número 60041/08 y 60054/08, asunto *Greens and M.T. vs. el Reino Unido*.

STEDH del 2 de diciembre de 2010, demanda número 46344/06, asunto *Rumpf vs. Alemania*.

STEDH del 21 de diciembre de 2010, demanda número 50973/08, asunto *Vassilios Athanasiou y Otros vs. Grecia*.

STEDH del 10 de mayo de 2011, demandas número 48059/06 y 2708/09, asunto *Dimitrov y Hamanov vs. Bulgaria*.

STEDH del 10 de mayo de 2011, demanda número 37346/05, asunto *Finger vs. Bulgaria*.

STEDH del 10 de enero de 2012, demandas número 42525/07 y 60800/08, asunto *Ananyev y otros vs. Rusia*.

STEDH del 20 de marzo de 2012, demanda número 24240/07, asunto *Ümmühan Kaplan vs. Turquía*.

STEDH del 17 de abril de 2012, demanda número 5734/08 et seq., asunto *Ilyushkin and Others vs. Rusia*.

STEDH del 17 de abril de 2012, demanda número 16967/10 et seq., asunto *Kalinkin and Others vs. Rusia*.

STEDH del 29 de mayo de 2012, demanda número 53126/07, asunto *Taron vs. Alemania*.

STEDH del 29 de mayo de 2012, demanda número 19488/09, asunto *García Cancio vs. Alemania*.

STEDH del 26 de junio de 2012, demanda número 26828/06, asunto *Kuric y Otros vs. Eslovenia*.

STEDH del 31 de julio de 2012, demanda número 604/07 et seq. , asunto *Manushaqe Puto y Otros vs. Albania*.

STEDH del 8 de enero de 2013, demanda número 43517/09 et seq., asunto *Torreggiani y otros vs. Italia*.

STEDH del 22 de enero de 2013, demanda número 41394/11, asunto *Bandelin vs. Alemania*.

STEDH del 16 de julio de 2014, demanda número 60642/08, asunto *Alisic y Otros vs. Bosnia y Herzegovina, Croacia, Serbia Eslovenia y la antigua República Yugoslava de Macedonia*.

STEDH del 12 de agosto de 2014, demanda número 47784/09 et seq., asunto *Firth y Otros vs. el Reino Unido*;

STEDH del 27 de enero de 2015, demanda número 36925/10 et seq., asunto *Neshkov y otros vs. Bulgaria*.

STEDH del 10 de febrero de 2015, demanda número 51987/08 y 1.014 otros, asunto *McHugh y Otros vs. el Reino Unido*.

STEDH del 10 de marzo de 2015, demanda número 14097/12 et seq., asunto *Varga y otros vs. Hungría*.

## **SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

SCIDH del 10 de septiembre de 1993, Caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 11, par. 46.

SCIDH del 27 de agosto de 1998, Caso *Garrido y Baigorria vs. Argentina (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 39.

SCIDH del 27 de noviembre de 1998, Caso *Castillo Páez vs. Perú (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 43.

SCIDH del 5 de febrero de 2001, Caso «*La última tentación de Cristo*» (*Olmedo Bustos y otros*) vs. *Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 73, orden 4.

SCIDH del 26 de mayo de 2001, Caso *de los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros)* vs. *Guatemala (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 77.

SCIDH del 31 de agosto de 2001, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 79.

SCIDH del 30 de noviembre de 2001, Caso *Barrios Altos vs. Perú (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 87.

SCIDH del 27 de febrero de 2002, Caso *Trujillo Oroza vs. Bolivia (Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 92.

SCIDH del 21 de junio de 2002, Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 94.

SCIDH del 5 de julio de 2004, Caso *19 Comerciantes vs. Colombia (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 93.

SCIDH del 2 de septiembre de 2004, Caso «*Instituto de Reeducción del Menor*» vs. *Paraguay (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 112.

SCIDH del 19 de noviembre de 2004, Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala (Reparaciones)*, serie C, n.º 116.

SCIDH del 25 de noviembre de 2004, Caso *Lori Berenson Mejía vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 119.

SCIDH del 11 de marzo de 2005, Caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 123.

SCIDH del 15 de junio de 2005, Caso *Comunidad Moiwana vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 124.

SCIDH del 15 de septiembre de 2005, Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 133.

SCIDH del 31 de enero de 2006, Caso de la *Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, serie C, n.º 140.

SCIDH del 1 de febrero de 2006, Caso *López Álvarez vs. Honduras (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 141.

SCIDH del 7 de febrero de 2006, Caso *Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 144.

SCIDH del 29 de marzo de 2006, Caso *Comunidad Sawhoyamaya vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 146.

SCIDH del 5 de julio de 2006, Caso *Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 150.



SCIDH del 22 de septiembre de 2006, Caso *Goiburú y otros vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 153.

SCIDH del 26 de septiembre de 2006, Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 154.

SCIDH del 25 de noviembre de 2006, Caso del *Penal Miguel Castro Castro vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 160.

SCIDH del 28 de noviembre de 2007, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 172.

SCIDH del 6 de mayo de 2008, Caso *Yvon Neptune vs. Haití* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 180.

SCIDH del 12 de agosto de 2008, Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 186.

SCIDH del 16 de noviembre de 2009, Caso *González y otras («Campo Algodonero») vs. México* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 205.

SCIDH del 26 de mayo de 2010, Caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 213.

SCIDH del 24 de agosto de 2010, Caso de la *Comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 214.

SCIDH del 24 de noviembre de 2010, Caso *Gomes Lund y otros («Guerrilha do Araguaia») vs. Brasil* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 219.

SCIDH del 24 de febrero de 2011, Caso *Gelman vs. Uruguay* (Fondo y Reparaciones), serie C, n.º 221.

SCIDH del 27 de abril de 2012, Caso *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 241.

SCIDH del 10 de octubre de 2013, Caso *Luna López vs. Honduras* (Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 269.

SCIDH del 19 de mayo de 2014, Caso *Veliz Franco y otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 277.

SCIDH del 28 de agosto de 2014, Caso *Defensor de Derechos Humanos y Otros vs. Guatemala* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 308.

SCIDH del 20 de noviembre de 2014, Caso *Espinoza González vs. Perú* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), serie C, n.º 289.

SCIDH del 8 de octubre de 2015, Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 304.

SCIDH del 19 de noviembre de 2015, Caso *Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 307.

SCIDH del 23 de noviembre de 2015, Caso *Quispialaya Vilcapoma vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, serie C, n.º 308.

#### **SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SUDAFRICANA**

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 6 de junio de 1995, caso CCT/3/94, asunto *State vs. Makwanyane and Mchunu*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 5 de junio de 1997, caso CCT 14/96, asunto *Fose vs. Minister of Safety and Security*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 27 de noviembre de 1997, caso CCT/32/97, asunto *Soobramoney vs. Minister of Health*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 28 de septiembre de 2000, caso CCT 17/00, asunto *Hoffman vs. South African Airways*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 4 de octubre de 2000, caso CCT 11/00, asunto *Irene Grootboom and Others vs. The Government of the Republic of South Africa and Others*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica del 5 de julio de 2002, caso CCT 8/02, asunto *Minister of Health and Others vs. Treatment Action Campaign and Others*

Sentencia del Alto Tribunal del Cabo de Buena Esperanza, División provincial, del 7 de julio de 2003, caso 8970/01, asunto *City of Cape Town vs. Rudoph and Others*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 10 de mayo de 2005, caso CCT 20/04, asunto *President of the Republic of South Africa and Minister of Agriculture and Land Affairs vs. Modderklip Boerdery (PTY) LTD. And Others*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 10 de junio de 2009, caso CCT 22/08 [2009] ZACC 16, asunto *Residents of the Joe Slovo Community, Western Cape, vs. Thubelisha Homes and Others*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 19 de noviembre de 2009, caso CCT 31/09 [2009] ZACC 33, asunto *Hohnson Matotoba Nokotyana and Others vs. Ekurhuleni Metropolitan Municipality and Others*.

Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica, del 31 de marzo de 2011, caso CCT 22/08 ZACC 8, asunto *Residents of Joe Slovo Community, Western Cape vs. Tubelisha Homes and Others*.

## **DECISIONES JUDICIALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA**

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 29 de agosto de 2005, referencia A. 177 de 2005.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 29 de agosto de 2005, referencia A. 178 de 2005.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 27 de noviembre de 2006, referencia A. 333 de 2006.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 4 de mayo de 2007, referencia A. 109 de 2007.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 7 de septiembre de 2007, referencia A. 233 de 2007.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 14 de abril de 2008, referencia A. 092 de 2008.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 13 de mayo de 2008, referencia A. 116 de 2008.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 26 de enero de 2009, referencia A. 008 de 2009.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 10 de diciembre de 2010, referencia A. 383 de 2010.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 10 de diciembre de 2010, referencia A. 385 de 2010

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 13 de octubre de 2011, referencia A. 219 de 2011.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 21 de mayo de 2013, referencia A. 099 de 2013.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 27 de enero de 2015, referencia A. 010 de 2015.

Auto de la Corte Constitucional colombiana del 4 de septiembre de 2015, referencia A. 395 de 2015.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 20 de octubre de 1998, referencia T-590 de 1998.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 30 de agosto de 2000, referencia SU-1150 de 2000.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 1 de agosto de 2002, referencia T-595 de 2002.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 22 de enero de 2004, referencia T-025 de 2004.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana, del 31 de julio de 2008, referencia T-760 de 2008.

Sentencia de la Corte Constitucional colombiana del 15 de diciembre de 2008, referencia T-1258 de 2008.

#### **SENTENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE**

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 19 de marzo de 1824, caso 22 U.S. 738, asunto *Osborn vs. Bank of the United States*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, del 6 de marzo de 1857, caso 60 U.S. 393 (1957), asunto *Dred Scott vs. Sanford*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 21 de junio de 1915, caso 238 U.S. 347 (1915), asunto *Frank Guinn and J. J. Beal vs. United States*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 5 de noviembre de 1917, caso 245 U.S. 60, asunto *Buchanan vs. Warley*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 7 de marzo de 1927, caso 273 U.S. 536, asunto *L.A. Nixon vs. C.C. Herndon and another, Judges of Elections*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 18 de mayo de 1896, caso 164 U.S. 537 (1896), asunto *Plessy vs. Ferguson*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 17 de mayo de 1954, caso 347 U.S. 483 (1954), asunto *Brown et Al. vs. Board of Education of Topeka et Al. Appeal from the United States District Court for the District of Kansas, n.º 1. (Brown I)*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 20 de noviembre de 1961, caso 368 U.S. 57 (1961), asunto *Hoyt vs. Florida*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 22 de noviembre de 1971, caso 404 U.S. 71 (1971), asunto *Reed vs. Reed*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 22 de enero de 1973, caso 410 U.S. 113 (1973), asunto *Roe vs. Wade*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 26 de junio de 1974, caso 418 U.S. 539, 555-56 (1974), asunto *Wolff vs. McDonnell*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 14 de mayo de 1979, caso 441 US 520 (1979), asunto *Bell vs. Wolfish*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 15 de junio de 1981, caso 452 U.S. 337 (1981), asunto *Rhodes v. Chapman*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos del 24 de junio de 1996, caso 518 U.S. 343 (1996), asunto *Lewis vs. Casey*.

Sentencia del Tribunal del Distrito de Maryland (Baltimore), asunto *Vaughn G., et al vs. Mayor and City Council of Baltimore, et al*.

Sentencia del Tribunal del Distrito de Michigan de los Estados Unidos, caso 685 F. Supp. 636 (1988), asunto *Knop vs. Johnson*.

Sentencia de la Corte Federal de Apelaciones de Pensilvania, caso 820 F.2d 592, asunto *Harris vs. Pernsley*.

Sentencia del Tribunal del Distrito de Alabama, División Norte, caso 325F. Supp 781, asunto *Wyatt vs. Stickney*.

Sentencia del Tribunal del Distrito Este de Arkansas, caso 309 F. Supp. 362 (E.D. Ark. 1970), asunto *Holt vs. Sarver*.

## **DEMÁS SENTENCIAS JUDICIALES**

Sentencia del Tribunal Constitucional alemán del 22 de noviembre de 1951, caso BVerfG, 1 BvR 400/51, asunto *Lüth*.

Sentencia del Tribunal Constitucional español del 14 de julio de 1981, STC 25/1981.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 4 de febrero de 1993, caso 1993 AIR 217, 1993 SCR (1) 594, 1993 SCC (1) 645, JT 1993 (1) 474, 1993 SCALE (1)290, asunto *Unni Krishnan J.P. and Others vs. State of Andhra Pradesh*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 24 de abril de 1973, caso 1973, 4 SCC 225, asunto *Kesavananda Bharati vs State Of Kerala and Others*.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la India del 13 de enero de 1981, caso 1981 AIR 746, 1981 SCR (2) 516, asunto *Francis Coralie Mullin vs. The Administrator*.

Corte Suprema de Justicia de la India, caso Writ Petition (Civil) N.º196 of 2001, asunto *People's Union for Civil Liberties vs. Union of India & Ors.*